

เหตุยกเว้นโทษ กรณี การพรากรเด็กหรือพรากรผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร
โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 317 และมาตรา 319

ภรณ์โรจน์ นพปกรณ์สิทธิ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2564

**AN EXCUSE IN CASES OF TAKING AWAY A CHILD OR A MINOR
FOR INDECENT PURPOSES WITH CONSENT OF CHILDREN OR
MINORS OF BOTH PARTIES UNDER SECTION 317 AND SECTION
319 OF THE CRIMINAL CODE**

PARANROJ NOPPAKORNSITT

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2021

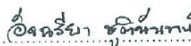


ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


หัวข้อวิทยานิพนธ์ เหตุอภินิหาร โทษ กรณี การพราศเด็กหรือพราศผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร
โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 317 และมาตรา 319
เสนอโดย นายกรัญ โรจน์ นพกรณ์สิทธิ์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์)


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร. จิรจุติ ลิ้มพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมชาย รัตนชื้อสกุล)
วันที่ ๒๕ เดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๕

หัวข้อวิทยานิพนธ์	เหตุยกเว้นโทษ กรณี การพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319
ชื่อผู้เขียน	ภรณ์โรจน์ นพปกรณสิทธิ์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

การกำหนดความผิด ในความผิดฐานพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 หรือมาตรา 319 เพื่อคุ้มครองอำนาจการปกครอง และมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองและปกป้องดูแลเด็กหรือผู้เยาว์จากการกระทำความผิดของผู้ใหญ่ มิใช่เพื่อการลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเอง ในการกระทำโดยความยินยอมด้วยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ที่มีอายุใกล้เคียงกัน มิได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน หรือมีพฤติกรรมเป็นอาชญากร ซึ่งการกำหนดความผิดดังกล่าวนี้ ผู้ปกครองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจใช้เป็นเครื่องมือ เพื่อต่อรองแสวงหาผลประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายในการเรียกค่าเสียหายจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อแลกเปลี่ยนกับการไม่ถูกดำเนินคดี อีกทั้ง หากมีการดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ ย่อมกระทบต่อสวัสดิภาพ ในการใช้ชีวิตในช่วงวัยของเด็กหรือผู้เยาว์ในด้าน ต่าง ๆ และหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีและพิพากษาลงโทษ โดยใช้วิธีการรอลงอาญานั้น ผลที่ตามมา คือ เด็กหรือผู้เยาว์ต้องถูกตราหน้าว่าเป็นผู้กระทำความผิด เสียประวัติ เสียอนาคต และถูกกีดกันจากสังคม อีกทั้งเกณฑ์อายุในมาตราดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับเกณฑ์อายุในการคุ้มครองสิทธิเด็ก ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎหมายอื่น ๆ อีกหลายฉบับ ซึ่งอาจทำให้ขัดต่อเจตนารมณ์ของหลักการคุ้มครองเด็ก ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายคุ้มครองเด็กต่าง ๆ ที่มุ่งเน้นหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ประกอบกับเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องดังกล่าวแล้ว พบว่ากฎหมายไทย ยังไม่สอดคล้องกับหลักการในเรื่องดังกล่าวของกฎหมายต่างประเทศอีกหลายประการ

จากการศึกษาพบว่า จะต้องมีการปฏิบัติต่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดฐานพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจารด้วยความยินยอมและสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีอายุใกล้เคียงกัน อีกทั้งต้องพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของเด็กหรือผู้เยาว์ว่ามีพฤติกรรมเป็นอาชญากร

หรือไม่เพื่อกำหนดมาตรการการบังคับใช้ให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด โดยอาจนำมาตรการอื่นมาใช้แทนการลงโทษ และหากปฏิบัติตามมาตรการสำเร็จให้มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ น่าจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหานี้เรื่องดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ไม่ขัดต่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม และเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก และกฎหมายคุ้มครองเด็กอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดเหตุยกเว้นโทษ กรณี การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีเด็กหรือผู้เยาว์ในกรณีดังกล่าว และเพื่อให้เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ที่มุ่งให้การคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ และอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริง

Thesis Topic	An Excuse in cases of taking away a child or a minor for indecent purposes with consent of children or minors of both parties under Section 317 and Section 319 of the Criminal Code
Author	Paranroj Noppakornsitt
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2021

ABSTRACT

Criminalization of the offense of taking away a child or a minor for indecent purposes under Section 317 or Section 319 of the Criminal Code is intended to preserve the administrative power and to protect children from the adult's wrongdoings, not to punish children for the acts with consent or willingness between both parties with similar ages who have no malicious intent or criminal behavior. The criminalization of the aforementioned offense may be utilized by parents of a party in negotiating for unlawful benefits paid by the other party in exchange for not being prosecuted. Moreover, the prosecution against a child or a minor for such acts would affect their childhood welfare in various fronts. If the prosecution and the judgment resulted in a suspension of sentence, the child may be condemned as an offender, defamed, barred from future opportunities, and stigmatized by the society. The age criteria in the aforementioned sections were not in accordance with the age criteria for child's right protection under the Convention on the Rights of the Child and other laws. This may contradict the intent of the child protection principles under the Convention on the Rights of the Child, the Constitution of the Kingdom of Thailand, and various child protection laws emphasizing on highest interest of children. Upon comparing with foreign laws in this issue, Thai laws are not in accordance with the principles of foreign laws in this issue.

The study revealed the needs for actions against the child committing the offense of taking away a child or a minor for indecent purposes with consent or willingness of both parties who are in similar ages and the examination to find out whether the true intent of the child or minor is a criminal behavior in order to determine the proper enforcement measures against the offenders instead of punishments. If such measures are successfully enforced by determining the reasons of

excuse for a child or a minor, it may lead to the proper solutions for the issue without conflicting the interest of the overall society and conform to the provisions and intent of the Convention on the Rights of the Child in which Thailand is a state party, and other relevant child protection laws.

The author suggested the guidelines for proper determination of reasons of excuse in the cases of taking away a child or a minor for indecent purposes with consent of children or minors of both parties under Section 317 and Section 319 of the Criminal Code in order to resolve various problems arising from the prosecution against children or minors in such cases and for the best interest of the children that prioritizes the protection of children and facilitates true justice.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความเมตตา และความกรุณาจากรองศาสตราจารย์อัญญา ชูตินันท์ ที่เมตตาได้รับเป็นกรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยคอยชี้แนะ ให้ความกระจ่างด้านวิชาการแก่ผู้เขียน และให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ในการเขียนงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นอย่างดี ตั้งแต่เริ่มแรกจนกระทั่งเสร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณะกรรมการทุกท่าน อันประกอบด้วย รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่รับเป็นประธานกรรมการ ดร.จิรวุฒิ ลิ้มปิ่นทร์ กรรมการ ที่ท่านอาจารย์ทุกท่านกรุณาให้ความรู้ คำแนะนำ ตลอดจนชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์ในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จนเสร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครอบครัว ผู้อยู่เบื้องหลังความสำเร็จในครั้งนี้ และขอบคุณเพื่อน ๆ ทุกคน ที่คอยสนับสนุนและให้กำลังใจผู้เขียนมา โดยตลอด รวมทั้งผู้มีส่วนช่วยเหลืออาจารย์ทุกท่าน เจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัย เจ้าหน้าที่ห้องสมุด และบุคคลอื่น ๆ ที่มีได้เอ่ยนาม

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้เกิดคุณประโยชน์แก่ผู้ใด ผู้เขียนขอมอบคุณความดีนี้ให้กับ พ่อ แม่ และครอบครัวของผู้เขียน และผู้มีพระคุณทั้งหลายข้างต้น แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	7
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	8
1.4 วิธีการศึกษา.....	8
1.5 ขอบเขตของการศึกษา.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษ กรณีการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอม.....	11
2.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา.....	11
2.2 การวินิจฉัยความผิดและการตีความกฎหมายอาญา.....	15
2.3 แนวคิดการดำเนินคดีเด็ก.....	21
2.4 หลักความยินยอม.....	32
2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองอำนาจปกครองและการคุ้มครองเด็ก.....	38
2.6 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย.....	58
3. ขอบเขตความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	73
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	79
3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	80
3.3 ประเทศอังกฤษ.....	85
3.4 ประเทศญี่ปุ่น.....	96
4. วิเคราะห์เหตุผลในการยกเว้นโทษ กรณี การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอม.....	102

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
4.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาของการดำเนินคดีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน.....	102
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการดำเนินคดีกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม กับกรณีการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่าง เด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน.....	118
4.3 วิเคราะห์ประโยชน์สาธารณะกับกรณีการดำเนินคดีความผิดฐาน พรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ ด้วยกัน.....	125
4.4 วิเคราะห์สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กับการดำเนินคดีกรณีการพราก เด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ ด้วยกัน.....	129
4.5 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดเหตุยกเว้นโทษ กรณี การพรากเด็กหรือพราก ผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตาม มาตรา 317 และมาตรา 319.....	135
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	141
5.1 บทสรุป.....	141
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	146
บรรณานุกรม.....	149
ประวัติผู้เขียน.....	155

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 เป็นความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ถูกบัญญัติไว้ในลักษณะ 11 หมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพ ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้การคุ้มครองอำนาจการปกครองดูแลของบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลมิให้ถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน โดยการพาไปหรือแยกเด็กออกไปจากอำนาจปกครองดูแล อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองโดยผู้ดูแลไม่รู้เห็นยินยอมด้วย¹ กฎหมายดังกล่าวกำหนดช่วงอายุของเด็กหรือผู้เยาว์ ในการให้ความคุ้มครองไว้ เด็ก คือ อายุไม่เกิน 15 ปี² ผู้เยาว์ อายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี³ ซึ่งอายุของเด็กหรือผู้เยาว์เป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในการวินิจฉัยความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ดังนั้น หากเป็นการกระทำความผิดฐานนี้โดยการกระทำของเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยตนเอง ซึ่งเกิดจากความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ที่มีได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน ซึ่งทั้งคู่กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำก็ยังมีอายุอยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครอง และไม่สามารถให้ความยินยอมได้ทั้งคู่ ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ ก็จะมีคามผิดตาม มาตรา 317 หรือมาตรา 319 แล้ว ซึ่งมีผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็กหรือผู้เยาว์ค่อนข้างมาก การกระทำความผิดดังกล่าว มีประเด็นที่สำคัญที่ควรนำมาศึกษา เนื่องจาก เพื่อให้ทราบว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวที่เกิดจากการกระทำของเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกัน กระทำด้วยความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ที่มีได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน ควรจะกำหนดให้มีการคุ้มครองบุคคลดังกล่าว และกำหนดเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ โดยศึกษาจากบริบทของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และตำราทางกฎหมาย ดังนี้

1. โลกมีการเปลี่ยนแปลงไปมากจากอดีต สื่อโทรทัศน์ เทคโนโลยีสารสนเทศต่าง ๆ เข้ามามีบทบาทอย่างมากในชีวิตประจำวัน ทำให้การเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ และการติดต่อสื่อสาร

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2557), น. 538.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

กันเป็นไปได้โดยง่าย ไม่ว่าจะอยู่ที่ใดบนโลกใบนี้ เทคโนโลยีตามที่กล่าวมานั้นมีทั้งส่วนของเนื้อหาที่เป็นประโยชน์และก่อให้เกิดโทษต่อผู้ที่เข้าไปใช้งาน ซึ่งยากต่อการควบคุมดูแล ซึ่งบางครั้งก่อให้เกิดผลเสียกับบุคคลที่ยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอในการเสพสื่อดังกล่าว⁴ โดยอาจเกิดพฤติกรรมการลอกเลียนแบบ โดยเฉพาะในเรื่องทางเพศ ซึ่งบุคคลที่อยู่ในช่วงวัยเด็กหรือผู้เยาว์ อยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์ มีความอยากรู้อยากลอง อยากเห็นตามวัย และอาจมีเพศสัมพันธ์กัน โดยความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งคู่ ซึ่งเกิดจากความรักรักใคร่ชอบพอกัน ผลที่ตามมาคือ เด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดอาจถูกดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 หรือตามมาตรา 319 ได้ ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาในด้านต่าง ๆ ตามมามากมาย

จากข้อมูลสถิติจำนวนคดีเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดีโดยสถานพินิจฯ ทั่วประเทศ⁵ ในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดเกี่ยวกับความสงบสุข เสรีภาพ ชื่อเสียง และการปกครอง ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 – 2562 โดยจำแนกตามฐานความผิดเกี่ยวกับเพศและอายุ จะเห็นได้ว่า จำนวนคดีเด็กและเยาวชนเมื่อพิจารณาจำแนกตามฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุข เสรีภาพ ชื่อเสียง และการปกครอง ประกอบกับข้อมูลช่วงอายุ พบว่า ช่วงอายุที่มีสถิติทางคดีค่อนข้างสูงคือ ช่วงอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี และมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นเรื่อย ๆ

2. กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น⁶ โดยที่กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษไว้เพื่อดำเนินการกระทำของบุคคลที่มีพฤติกรรมขัดต่อจริยธรรมทางสังคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้น ป้องกัน และแก้ไข ซึ่งมีลักษณะที่ร้ายแรงและเป็นผลร้ายกับผู้ต้องโทษ และส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างรุนแรง⁷ อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว ความชั่ว คือ ความรู้สึกผิดชอบ หรือการกระทำของเขา

⁴ กัทริกา วงศ์อนันต์นนท์, วารสารพยาบาลทหารบก บทความวิชาการ พฤติกรรมการใช้อินเทอร์เน็ตของเด็กและเยาวชน, ปีที่ 15, ฉบับที่ 2, น. 175 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2557).

⁵ ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน, “จำนวนคดีเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดีจำแนกตามฐานความผิดเกี่ยวกับเพศและอายุ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2564, จาก <http://service.nic.go.th/em-column.php?id=311> จำนวนคดีเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดี - จำแนกตามฐานความผิด/จำแนกตามกลุ่มอายุ.

⁶ คณิต ฒ นกร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 53.

⁷ วชิร วรรณลี, และธนพงษ์ วงศ์เสรี, หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2564), น. 120 – 121.

นั้นนำคำหนดิได้หรือไม่ ซึ่งถือว่า ความชั่ว เป็นพื้นฐานในการลงโทษ เพราะฉะนั้น การกำหนดโทษ จึงควรพิจารณาถึงการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ซึ่งต้องพิจารณาถึงความ เป็นจริงว่า มนุษย์ทุกคนมีความรู้สึกผิดชอบไม่เท่ากัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคล ทั่ว ๆ ไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้เท่าเทียมกับคนอื่น เช่น เด็ก หรือผู้เยาว์ เป็นต้น บุคคลเหล่านี้จึงได้ควรรับการลดโทษหรือยกเว้นโทษตามสมควร⁸ เด็กและเยาวชน ถือว่าเป็น ทรัพยากรบุคคลที่สมควรจะได้รับการดูแลเอาใจใส่ประคับประคองส่งเสริมและสนับสนุนในทุก วิถีทาง เพื่อเด็กและเยาวชนจะได้เจริญเติบโตเป็นพลเมืองที่ดีของชาติในภายภาคหน้าต่อไป⁹ ในระดับสากลให้ความสำคัญกับ “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีลงมา¹⁰ เพราะเหตุว่า เด็ก คือ ผู้ที่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการต่าง ๆ ทางด้านร่างกาย จิตใจ สติปัญญา รวมทั้ง ประสบการณ์ยังไม่เพียงพอ¹¹ โดยมีกฎหมายเกี่ยวกับเด็กที่สำคัญในระดับสากล คือ อนุสัญญาว่าด้วย สิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยมีหลักการที่สำคัญ คือ สิทธิติดตัว และหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก¹² จากหลักการดังกล่าว อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงได้กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องดำเนินการ ค้ำครองสิทธิเด็ก โดยกล่าวถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กที่สำคัญ 4 ประการ¹³ คือ สิทธิที่จะมีชีวิต อยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการพัฒนารอบด้าน ทั้งทางโภชนาการ สาธารณสุขมูลฐานและการศึกษา ขั้นพื้นฐานอย่างเพียงพอ สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองทันทีที่เกิด อันเป็นการปกป้องคุ้มครอง จากการถูกรังแก รังแกทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรือทางเพศ รวมไปถึงสิทธิในครอบครัว สิทธิในการมีชื่อ และสัญชาติของตนเอง และสิทธิในการมีส่วนร่วม จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาอนุสัญญาดังกล่าว เห็นว่า อนุสัญญาดังกล่าวมุ่งคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี จากการกระทำที่มีขอบ

⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 221 – 225.

⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น. 24.

¹⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

¹¹ กลุ่มงานบริการวิชาการ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร,เอกสาร ประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (การแก้ไข บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดต่อเสรีภาพที่มีอายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด) อ.พ. 22/2555 สมัย สามัญนิติบัญญัติ, น. 14.

¹² มาดาลักษณ์ เสรมธากุล, รายงานฉบับสมบูรณ์ หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับ ประโยชน์สูงสุดของเด็ก, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2561), น. 39.

¹³ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น. 123.

ต่อร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็กในทุกรูปแบบ¹⁴ อีกทั้งยังมีกฎหมายคุ้มครองเด็กอีกมากมายที่ออกโดยอนุวัติการตามอนุสัญญาดังกล่าว การลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ ที่กระทำความผิดตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 ฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยการกระทำนั้นเกิดจากความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่ายที่มีอายุใกล้เคียงกัน และไม่ได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน อาจขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎหมายคุ้มครองเด็กอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

3. เมื่อพิจารณาความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 แล้วพบว่าหากผู้กระทำได้กระทำต่อบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปี กรณีพรากเด็ก อายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี กรณีพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ไม่ว่าผู้เยาว์นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว ซึ่งในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร เพียงผู้กระทำความผิดได้ลงมือพรากโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อการอนาจาร ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งถึงแม้ผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้เยาว์ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 จะถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการทำชั่วได้ โดยกฎหมายให้พิจารณาถึงความรู้ผิดชอบ และสิ่งอื่นที่ปวง เกี่ยวกับผู้เยาว์นั้น และให้พิจารณาเป็นราย ๆ ไป ว่าสมควรพิพากษาลงโทษหรือไม่ หากเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษ ให้จัดการตามมาตรา 74 ซึ่งไม่ใช่โทษ แต่เป็นมาตรการสำหรับเด็กหรือเยาวชน แต่หากศาลเห็นสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่ง¹⁵ ซึ่งกฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจที่พิจารณาคดีอาจเลือกลงโทษทางอาญาแก่เด็ก เช่นเดียวกับกรณีคนทั่วไป แต่ให้ลดโทษลงกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรือ ศาลอาจจะเลือกใช้วิธีการสำหรับเด็กอย่างที่ใช้กับเด็กอายุเกิน 10 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปีก็ได้ อยู่ที่ดุลพินิจของศาล ซึ่งไม่อาจรับรองได้ว่า กรณีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมและสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ศาลจะเลือกใช้วิธีการอย่างไร¹⁶

อย่างไรก็ตามโดยสภาพของความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ความผิดฐานนี้มีมูลเหตุสำคัญประการหนึ่งมาจากความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งหากพิจารณาเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศ กำหนดอายุในการให้ความยินยอมไว้ คือ อายุกว่า 15 ปีขึ้นไป โดยกฎหมายยอมรับว่า เด็กอายุ 15 ปีขึ้นไป เริ่มก้าวสู่ความเป็นผู้ใหญ่ มีความสามารถรับผิดชอบได้

¹⁴ มาตราลัทธิ เสริมธาตุ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 38 – 45.

¹⁵ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น. 300 – 301.

¹⁶ วรา บุญพันธ์ กานต์ อินทชสาร และนันทยศ สุวรรณกิจ, “ปัญหาการลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่งในความผิดต่อชีวิตที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาของเด็กและเยาวชน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75,” การประชุมหาคดีใหญ่วิชาการระดับชาติและนานาชาติ ครั้งที่ 10, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 857.

กล่าวคือ หากมีการกระทำชำเราบุคคลอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป โดยบุคคลนั้นยินยอม ย่อมไม่มีความผิด ซึ่งหากมีกรณีผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี กระทำชำเราต่อผู้เยาว์ในช่วงอายุเดียวกัน โดยเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย การกระทำความดังกล่าวจะไม่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่กลับเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร เพราะการกระทำความดังกล่าวเป็นการกระทบต่ออำนาจการปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งการดำเนินคดีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ในการใช้ชีวิตในช่วงวัยของผู้เยาว์เอง ทั้งในการศึกษา การเรียนรู้ ประสบการณ์ต่าง ๆ แบบที่ควรจะเป็นในช่วงวัยดังกล่าว หากปล่อยให้มีการดำเนินคดีพิพากษาลงโทษและใช้วิธีการรอลงอาญาแล้ว ผลที่ตามมา คือ ผู้เยาว์ต้องถูกตราหน้าว่า เป็นผู้กระทำความผิด เสียประวัติ เสียอนาคต และถูกกีดกันจากสังคม ทั้งที่การกระทำความดังกล่าวเกิดจากความรักใคร่ชอบพอกันและสมัครใจ ยินยอมให้กระทำ มิได้เกิดจากเจตนาร้ายต่อกัน จึงสมควรให้ผู้เยาว์ได้รับโอกาสเพื่อบำบัดและปรับเปลี่ยนพฤติกรรม มากกว่าจะรับโทษทางอาญา

4. เมื่อศึกษาจาก แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทย พบว่า หากเป็นกรณีพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หรือพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไปเพื่ออยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา โดยเด็กหรือผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย กรณีเช่นนี้ ศาลฎีกาถือว่า มิใช่การพรากเพื่อการอนาจาร จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319¹⁷ แต่หากพรากไปโดยไม่ประสงค์จะรับเป็นภริยา ก็เป็นการพรากไปเพื่อการอนาจาร เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามหรือมาตรา 319¹⁸ ซึ่งหากเป็นกรณีที่การกระทำนั้นเกิดจากความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกัน และไม่ได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน ทางออกของปัญหาเพื่อมิให้ถูกดำเนินคดี คือ อาจแสดงความประสงค์อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาอย่างมากมาย เนื่องด้วยบุคคลที่อยู่ในวัยดังกล่าว มิใช่วัยแห่งการตั้งครอบครัว แต่หากเป็นวัยแห่งการเรียนรู้ศิลปวิทยาการแขนงต่าง ๆ สังคมประสบการณ์ชีวิต และใช้ชีวิตในช่วงวัยอย่างที่เหมาะสม เพื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพต่อสังคมในภายภาคหน้าต่อไป

5. การกระทำความผิดตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 ดังกล่าวข้างต้น อาจเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จากผู้ปกครองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือจากทั้งสองฝ่าย ในการเรียกค่าเสียหายจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อแลกเปลี่ยนกับการไม่ถูกดำเนินคดีตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 ซึ่งค่าเสียหายในส่วนนี้ผู้เสียหายสามารถเรียกได้ตามความพึงพอใจ อาจจะมีจำนวนมากเกินสมควรก็ได้ ซึ่งหากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการถูกดำเนินคดี ต้องพยายาม

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 894/2538

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 473/2547

คืนรนาเงินมาชดใช้ให้หรือต้องไปกู้เงินนอกระบบเพื่อมาชดใช้เงินจำนวนดังกล่าว ซึ่งจะส่งผลให้เกิดปัญหาสังคมตามมาอย่างไม่รู้จบ หรือหากมีการฟ้องดำเนินคดีแล้ว ผู้ปกครองของแต่ละฝ่ายอาจจะฟ้องกันไปมา ซึ่งอาจจะได้ผลในการเรียกค่าเสียหายระหว่างผู้ใหญ่สองฝ่าย และกลายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้ปกครองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในการเรียกรับผลประโยชน์¹⁹

6. เกณฑ์อายุในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 พบว่า ได้มีการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เยาว์ในการให้ความคุ้มครองไว้ คือ อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ผู้เขียนเห็นว่า เกณฑ์อายุดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเกณฑ์อายุในการคุ้มครองสิทธิเด็ก ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งทำให้รัฐที่ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติเข้าผูกพันเป็นภาคีอนุสัญญา จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา ซึ่งคำว่า “เด็ก” ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้ให้คำนิยามว่า “เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าววางหลักให้การกระทำใดอันเกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นพื้นฐานเบื้องต้น²⁰ ซึ่งประเทศไทยได้มีการตราและปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญามากมาย²¹ อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 เป็นต้น ซึ่งกฎหมายตามที่กล่าวมาข้างต้น ล้วนกำหนดอายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครอง คือ บุคคลผู้มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ซึ่งอายุของเด็กดังกล่าวยังสอดคล้องกับพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งให้คำนิยามของคำว่าเด็กและเยาวชน โดย “เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ ส่วน “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์²² และประมวลกฎหมายอาญา เรื่อง การลดมาตราส่วนโทษ ตามมาตรา 75 กำหนดเกณฑ์

¹⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, “บทความการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2564, จาก <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>.

²⁰ มาดากัลกษณ์ เสรมธากุล, *อ้าวแล้ว เจริญรรถที่ 12*, น. 40.

²¹ ข้อมูลจากรายงานผลการดำเนินงานของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ฉบับที่ 2) เสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ จัดทำโดยคณะกรรมการ เรื่อง “สิทธิเด็ก” คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ

²² พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

อายุของบุคคลไว้กว่าสิบห้าปี แต่ต่ำกว่าสิบแปดปี ผู้เขียนเห็นว่า เกณฑ์อายุดังกล่าวไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความลักลั่นกันของการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาในเรื่องดังกล่าว เพื่อนำไปเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยในอดีต และกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับสภาพแวดล้อม และบริบทของสังคมของประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการกำหนดเหตุยกเว้นโทษ และพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุในการให้ความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์ ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319

2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความผิด และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่มีการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ปกครองแต่ละฝ่าย เพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี กรณี การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319

3. เพื่อเปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดชอบ การดำเนินคดี และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น กรณี การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 กับแนวคิดในเรื่องดังกล่าวตามระบบกฎหมายของต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดความผิดของเด็กหรือผู้เยาว์ และการนำมาตรการอื่นมาใช้แทนการลงโทษ การกำหนดเหตุยกเว้นโทษ และแนวทางแก้ไข โดยให้มีเงื่อนไขและลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือผู้เยาว์และให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เด็ก” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าอายุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์

“เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การกำหนดความผิด ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 เพื่อคุ้มครองอำนาจการปกครอง และมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองและปกป้องดูแลเด็กหรือผู้เยาว์จากการกระทำความผิดของผู้ใหญ่ มิใช่เพื่อการลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยตนเอง ในการกระทำโดยความยินยอมด้วยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ที่มีอายุใกล้เคียงกัน มิได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน หรือมีพฤติกรรมเป็นอาชญากร ซึ่งการกำหนดความผิดดังกล่าวนี้ ผู้ปกครองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจใช้เป็นเครื่องมือ เพื่อต่อรองแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายในการเรียกค่าเสียหายจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อแลกเปลี่ยนกับการไม่ถูกดำเนินคดี อีกทั้ง หากมีการดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนี้ ย่อมกระทบต่อสวัสดิภาพ ในการใช้ชีวิตในช่วงวัยของเด็กหรือผู้เยาว์ในด้านต่าง ๆ และหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีและพิพากษาลงโทษ โดยใช้วิธีการรอลงอาญานั้น ผลที่ตามมาคือ เด็กหรือผู้เยาว์ต้องถูกตราหน้าว่า เป็นผู้กระทำความผิด เสียประวัติ เสียอนาคต และถูกกีดกันจากสังคม อีกทั้งเกณฑ์อายุในมาตราดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับเกณฑ์อายุในการคุ้มครองสิทธิเด็ก ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎหมายอื่น ๆ อีกหลายฉบับ ซึ่งอาจทำให้ขัดต่อเจตนารมณ์ของหลักการคุ้มครองเด็ก ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายคุ้มครองเด็กต่าง ๆ ที่มุ่งเน้นหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ประกอบกับเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องดังกล่าวแล้ว พบว่ากฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักการในเรื่องดังกล่าวของกฎหมายต่างประเทศอีกหลายประการ

จากสภาพปัญหาดังกล่าว จึงต้องมีวิธีการปฏิบัติต่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารด้วยความยินยอมและสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีอายุใกล้เคียงกัน อีกทั้งต้องพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของเด็กหรือผู้เยาว์ว่ามีพฤติกรรมเป็นอาชญากรหรือไม่ เพื่อกำหนดมาตรการการบังคับใช้ให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ฉะนั้น การนำมาตรการอื่นมาใช้แทนการลงโทษ และหากปฏิบัติตามมาตรการสำเร็จให้มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ น่าจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ไม่ขัดต่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม และเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก และกฎหมายคุ้มครองเด็กอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.4 วิธีการศึกษา

การศึกษาวิจัยฉบับนี้ เป็นการศึกษาด้วยวิธีการวิจัยทางกฎหมาย โดยทำการศึกษาจากเอกสาร โดยจะศึกษาข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ ทั้งที่เป็นเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

ไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย คำราชวินิจฉัย งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความจากวารสารหรือนิตยสารทางกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หนังสือพิมพ์ เอกสารประกอบการสัมมนา ความเห็นของนักนิติศาสตร์ แนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล สถิติจำนวนคดีเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดี โดยสถานพินิจฯ ทั่วประเทศ มาตรฐานองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มาตรการและวิธีปฏิบัติของต่างประเทศ ตลอดจนข้อมูลจากเว็บไซต์ต่าง ๆ อินเทอร์เน็ต เพื่อที่จะได้รวบรวมข้อมูลให้เป็นระบบ เพื่อศึกษาวิจัย และประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงแนวความคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำหนดแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 และการดำเนินคดีต่อผู้เยาว์ที่กระทำการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์โดยความยินยอมสมครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ประวัติความเป็นมา หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกำหนดความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ และการดำเนินคดีต่อผู้เยาว์ ที่กระทำการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์โดยความยินยอมของผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ทั้งในกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศ สำหรับกรณีที่ถูกกล่าวหาเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ ได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 หรือ มาตรา 319 บทความทางกฎหมาย วารสารกฎหมาย ตลอดจนเอกสารในการสัมมนาทางวิชาการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และศึกษาความเห็นทั้งในเชิงสนับสนุนและในเชิงคัดค้าน เพื่อที่จะได้หาแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น และหารูปแบบที่เหมาะสมกับสภาพของสังคมไทย ในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายไทยในเรื่องนี้ให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการกำหนดเหตุยกเว้นโทษ และพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุในการให้ความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319

2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความผิด และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่มีการแสวงหาผลประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ปกครองแต่ละฝ่าย เพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี กรณี การพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319

3. ทำให้ทราบถึงขอบเขตความรับผิด การดำเนินคดี และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น กรณี การพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 กับแนวคิดในเรื่องดังกล่าวตามระบบกฎหมายของต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดความผิดของเด็กหรือผู้เยาว์ และ การนำมาตรการอื่นมาใช้แทนการลงโทษ การกำหนดเหตุยกเว้นโทษ และแนวทางแก้ไข โดยให้มีเงื่อนไขและลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก ในความผิดฐานพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือผู้เยาว์และให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษ

กรณีการพาดเด็กหรือพาดผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอม

เด็กและผู้เยาว์ เป็นทรัพยากรบุคคลที่สมควรได้รับการดูแล เพราะเหตุว่าเป็นผู้ที่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการต่าง ๆ ทางด้านร่างกาย จิตใจ สติปัญญา รวมทั้งประสบการณ์ยังไม่เพียงพอ ซึ่งในปัจจุบันได้มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จากการกระทำความผิดต่อเด็กและผู้เยาว์หลายฉบับ สืบเนื่องจาก ประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิกตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศแล้ว มีการกำหนดเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมในการกระทำความผิดแตกต่างกันออกไป จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะพิจารณาเกณฑ์อายุที่สามารถให้ความยินยอมได้ว่าควรมีอายุเท่าใด รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่เกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็ก อำนาจการปกครองของบิดามารดา เพราะการกระทำความผิดต่อเด็ก ย่อมเป็นการล่วงละเมิดอำนาจการปกครองของบิดามารดา ที่มีหน้าที่ในการดูแลบุตร ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

2.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับโทษ การกระทำซึ่งเป็นความผิด เช่น การฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 การไม่กระทำเป็นความผิด เช่น การไม่ช่วยผู้อื่นซึ่งตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิตตามมาตรา 374 โทษหรือสภาพบังคับในทางอาญา จะต้องเป็นไปตามที่ระบุไว้ในมาตรา 18 เท่านั้น กล่าวคือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน²³

²³ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2562), น. 1.

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในที่นี้ คือ รัฐมีหลักเกณฑ์อย่างไร ในอันที่จะกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีโทษ ก่อนอื่นควรต้องพิจารณาว่าจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมาย ก็คงไม่ยากลำบาก เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็ต้องคำนึงถึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนมาตรการอื่น ๆ ที่ควบคุมสังคมอยู่ด้วย เช่น หลักศีลธรรมทางศาสนา เป็นต้น²⁴

กฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกัน ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ฆ่าคน ชิงทรัพย์ ข่มขืน ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งนั้น อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าผิดศีลธรรม แต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การพูดโกหก (เว้นแต่จะเป็นการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน หรือ นอ้โกง เป็นต้น) การดื่มสุรา (เว้นแต่จะเมาจนครองสติไม่อยู่ และส่งเสียงเอะอะโวยวาย ในสาธารณสถานอาจผิดตามมาตรา 378) การทำชั่วเห็นได้ชัดว่าผิดศีลธรรม แต่ในประเทศไทยไม่ถือว่าผิดกฎหมายอาญา การที่พระภิกษุร่วมประเวณีกับหญิงในกุฏิของพระภิกษุซึ่งอยู่ในบริเวณวัด เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม และ “ไม่สมควรอย่างยิ่ง” แต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 206 ฐานเหยียดหยามศาสนา (ฎีกาที่ 736/2505 น.707) การกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่เจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายก็ยังบัญญัติว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด ดังนั้นจะเห็นได้ว่าศีลธรรมและกฎหมายอาญานั้นไม่ได้สอดคล้องต้องกันทุกกรณี เราจึงจะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาไปตายตัวคงไม่ได้ เพราะสิ่งซึ่งผิดศีลธรรมของศาสนาอย่างชัด ๆ เช่น การพูดโกหก การดื่มสุรา สังคมโดยทั่ว ๆ ไป ไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา (เว้นแต่บางสังคมซึ่งนำหลักศาสนาเป็นหลักกฎหมายเลยทีเดียว)²⁵

ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ออกกฎหมาย ซึ่งกฎหมายส่วนหนึ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติออก คือ กฎหมายอาญาที่กำหนดบทห้ามมิให้กระทำและบทลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าว โดยแนวคิดการกำหนดความผิดอาญา มีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งจะเริ่มจากวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญา แนวคิดในปัจจุบัน และแนวโน้มของการนำหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาช่วยกำหนดความผิดทางอาญาวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญา

²⁴ หุค แสงอุทัย, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น. 38-45. อ้างในเกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2562), น. 2 – 8.

²⁵ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., Criminal Law, (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1972), pp.9-10. เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2562), น. 2 – 8.

การกำหนดความผิดทางอาญามีวิวัฒนาการ 3 ช่วง คือ ช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม และช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย²⁶

การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ในสังคมดั้งเดิมการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาจะใช้มาตรวัดทางศีลธรรมกำกับ กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและจะถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก เพราะความจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยยังไม่มี ความจำเป็น ดังนั้น ในยุคนี้การผิดศีลธรรมกับการผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีผู้คนมากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อย ๆ เคลื่อนตัวออกจากศีลธรรม แต่ก็ไม่ได้แยกจากกันเด็ดขาด จนทำให้เกิดสภาวะของกฎหมายกับศีลธรรมมีความสัมพันธ์แบบ intersection กัน กล่าวคือ บางกรณีเป็นทั้งผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม เช่น การฆ่าคน บางกรณีผิดศีลธรรมอย่างเดียวไม่ผิดกฎหมาย เช่น การพูดโกหก ที่ไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน มิเช่นนั้นจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง และบางกรณีผิดกฎหมายอย่างเดียวไม่ผิดศีลธรรม เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด

การใช้เกณฑ์ทางสังคม ในช่วงนี้มองว่า การกระทำความผิดคือการกระทำที่กระทบกระเทือนสังคม ซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมก็มองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหายนั่นเอง Durkheim เสนอว่า “อาชญากรรมคือ การกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน”²⁷ อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดนี้ยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเวลาเกิดการกระทำใดเกิดขึ้นแล้วยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรถูกลงโทษหรือไม่

การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่า กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดใดออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นมาจะจะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำนั้นก็มีความผิดอาญา

²⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 21 – 23.

²⁷ E. Durkheim, De la division du travail social, 12 édition, 1910, pp. 35 et s. cité par Jean Pradel, Droit Pénal Général, op.cit., p. 21 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 23.

อาจทำให้เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเพื่อ (over - criminalization) ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาโดยดูจากการกระทำนั้นต้องขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาในปัจจุบัน จะพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคม Bernard Bouloc กล่าวว่า “ปรากฏการณ์อาชญากรรม คือ การกระทำที่ถูกกำหนดและถูกลงโทษโดยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social)”²⁸ แนวคิดนี้มีความชัดเจนในตัวเองในเรื่องการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นผู้กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ พร้อมกับให้แนวทางว่าจะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

เมื่อความผิดอาญาถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อลงโทษการกระทำที่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของสังคม ความผิดอาญาจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน²⁹ ที่การฝ่าฝืนอาจถูกลงโทษทางสังคม หรือ การกระทำที่ผิดศีลธรรมที่เป็นบาปซึ่งมีสภาพบังคับทางศาสนาหรือทางความรู้สึกรวมทั้งบางกรณีก็มีสภาพบังคับทางสังคม หรือการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีสภาพบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง

แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) เป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย โดยกำหนดให้รัฐก็เป็นผู้เล่นหนึ่งในสังคม และหากรัฐจะกำหนดความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (benefits) และ “ต้นทุน” (Costs) เช่นเดียวกัน ปัจเจกชนที่คำนึงถึงปัจจัยทั้งสองด้านเมื่อจะดำเนินกิจกรรมใด ๆ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทาง เศรษฐศาสตร์ การกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดอาญาควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (social benefits) และต้นทุนของสังคม (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นไม่ควรเป็นความผิดอาญา ดังนั้น การกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าผลประโยชน์ที่สังคมได้รับ การกระทำนั้นจะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา³⁰

กล่าวโดยสรุป กฎหมายอาญาคือกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำหรือไม่กระทำเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ใน

²⁸ Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général*, 21 édition, (Paris: Dalloz, 2009) p. 5 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนธิ, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 23.

²⁹ Jean Pradel, *Droit Pénal Général*, op.cit., p. 21. อ้างใน ปกป้อง ศรีสนธิ, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 23.

³⁰ ปกป้อง ศรีสนธิ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26*, น. 24.

กฎหมาย ฉะนั้น การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือการตีความตามตัวบทกฎหมายนั่นเอง ซึ่งต่างจากการตีความที่มุ่งเน้นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายดังเช่นกฎหมายแพ่ง โดยในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักการตีความกฎหมายอาญาที่มีเอกลักษณ์เฉพาะ เพื่อให้เข้าใจถึงการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

2.2 การวินิจฉัยความผิดและการตีความกฎหมายอาญา

เนื่องจากโทษในทางอาญานั้นมีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สินของประชาชน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษหรือมีเอกลักษณ์ของตนเอง ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายแพ่ง เป็นต้น³¹

มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”³²

หลักในมาตรา 2 นี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติรับรองไว้เช่นเดียวกันว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”³³

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้มีผลในทางกฎหมาย คือ รัฐไม่อาจออกกฎหมายใด ๆ มาลบล้างหลักของมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะเท่ากับเป็นการลบล้าง หลักของรัฐธรรมนูญนั่นเอง หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญยกเลิกหลักนี้เสียก่อน ซึ่งคงทำไม่ได้ง่ายนัก เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีกฎเกณฑ์มากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา

สำหรับประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายอาญาตามแบบอย่างประเทศตะวันตก และประเทศไทยก็ยอมรับว่าหลักประกันในกฎหมายอาญาว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งมีการบัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ตรงกับ พ.ศ. 2451 ในมาตรา 7 ดังนี้

³¹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 23, น. 16.

³² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29

มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญา ต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลา
ที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้

หลักในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 แยกพิจารณาได้เป็น

(1) กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายไม่ได้

ทั้งนี้เพราะมาตรา 2 ใช้คำว่า “ในขณะที่กระทำ” หมายความว่า

1.1 หากในขณะที่กระทำ ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ต่อมาจะมีการออกกฎหมาย
ย้อนหลังโดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดมิได้ เช่น ขณะนี้การทำชู้ไม่เป็นความผิดทางอาญาใน
ประเทศไทย เพราะฉะนั้นการที่นาง ก. ภริยานาย ข. ลักลอบเป็นชู้กับนาย ค. นาง ก. และนาย ค.
ไม่มีความผิด ถ้าต่อมารัฐเห็นว่าการทำชู้ดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาศีลธรรม รัฐจึงออกกฎหมาย
บัญญัติว่าการทำชู้เป็นความผิดทางอาญา เช่นนี้จะใช้บทบัญญัตินี้ย้อนหลังไปถือว่าการกระทำของ
นาง ก. และนาย ค. ซึ่งสิ้นสุดลงไปแล้ว เป็นความผิดมิได้³⁴

ศาสตราจารย์เอกอุต์ ได้กล่าวไว้ดังนี้

“หลักนี้มีเหตุผลสนับสนุนได้ง่ายทั้งนี้เพราะเหตุว่าในทางอาญากฎหมายได้ระบุนการ
กระทำต่าง ๆ ที่ห้ามไว้และเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะถือว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่กฎหมายไม่ห้ามไว้แล้วย่อม
ทำได้ เพราะฉะนั้น ถ้าบุคคลใดได้เชื่อโดยสุจริต และกระทำการใด ๆ ลงไปโดยเชื่อว่ามีอำนาจ
กระทำได้แล้ว ผู้นั้นหาควรถูกฟ้องร้องเพราะเหตุที่กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปไม่จริงอยู่ที่น่า
เสียดายอยู่ว่าโดยวิธีนี้ผู้ร้ายบางคนอาจหลุดพ้นจากโทษซึ่งใช้ลงแก่ผู้ร้ายที่ทำผิดเช่นเดียวกัน
ในกาลต่อมาไม่นานนัก แต่ว่าถ้าให้ลงโทษได้แล้วจะมีอุปสรรคมากกว่านี้อีก ทั้งนี้ เพราะว่าถ้าให้
ลงโทษได้เสรีภาพจะไม่มีเลย ถ้าบุคคลใดอาจถูกจับ เพราะได้กระทำการอันกฎหมายที่ออกมา
ภายหลังที่ได้กระทำการนั้นบัญญัติว่าผิด และถ้าศาลอาจลงโทษโดยอาศัยกฎหมายนี้แล้ว ราษฎร
จะไม่แน่ใจเลยว่าการใด ๆ อันตนได้กระทำไปนั้นจะเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จริงอยู่ที่การ
กระทำบางอย่างน่าจะพึงหวังว่ากฎหมายคงจะต้องห้าม แต่ว่ามีความผิดเป็นอันมาก ซึ่งไม่
กระทบกระเทือนความรู้สึกในศีลธรรมและความยุติธรรมของปวงชนเท่าใด บุคคลจะละเว้น
ไม่กระทำก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายห้ามไว้เท่านั้น เช่น การพนัน เป็นต้น แต่เมื่อไม่มีกฎหมาย
ประกาศใช้อยู่ในขณะนั้นแล้วใครจะไปรู้มาก่อนได้อย่างไร³⁵

คำพิพากษฎีกาที่ 1/2489 น. 624 วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 มีความ
ว่า ไม่ว่าการกระทำอันบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรมสงครามนั้น จะได้ทำก่อนหรือหลังวันใช้

³⁴ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 23, น. 19.

³⁵ เอกอุต์, *กฎหมายอาญา*, (พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), น. 69-70.

พระราชบัญญัตินี้ก็ดี ผู้กระทำได้ชื่อว่าเป็นอาชญากรสงคราม และจะต้องได้รับโทษดังที่บัญญัติไว้ ทั้งสิ้น ข้อบัญญัติที่ว่าให้การกระทำก่อนพระราชบัญญัติเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายย้อนหลัง และมีปัญหาว่าจะขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ ศาลฎีกาพร้อมกันประชุมปรึกษาเห็นว่า บุคคลย่อมกระทำ ย่อมพูด ย่อมเขียน ฯลฯ โดยไม่ต้องห้าม และจะไม่ต้องรับโทษทัณฑ์แต่อย่างใด ในเมื่อการกระทำ การพูด การเขียน ฯลฯ เช่นนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือบัญญัติว่าเป็นความผิด และหากกฎหมายใดบัญญัติย้อนหลังลงโทษการกระทำ การเขียน การพูด ฯลฯ ที่แล้วมา ย่อมขัดกับรัฐธรรมนูญฯ พระราชบัญญัติอาชญากรสงครามเฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังก็อยู่ในสถานะเช่นเดียวกัน... ฉะนั้น พระราชบัญญัติอาชญากรสงครามเฉพาะที่บัญญัติย้อนหลัง จึงเป็นโมฆะไม่มีทางจะลงโทษจำเลยได้³⁶

(2) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติชัดเจนแน่นอน

เหตุผลในการที่จะต้องให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนนั้น ก็เพื่อที่จะให้ประชาชนผู้ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำของตนนั้น มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าประชาชนไม่อาจรู้ได้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายคลุมเครือมากเกินไปแล้ว หากมีการใช้กฎหมายนั้นกับเขา เขาก็จะขัดขืนหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐฯ นอกจากนี้ การที่รัฐไม่ยอมให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นมาเป็นข้อแก้ตัว (มาตรา 64) ก็หมายความว่า จะต้องออกกฎหมายที่ชัดเจนไม่คลุมเครือ เพื่อให้ประชาชนได้มีโอกาสรู้ได้ทันทีว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด และไม่ยอมให้ปฏิเสธความไม่รู้กฎหมายซึ่งชัดเจนอยู่แล้วนั้นขึ้นเป็นข้อแก้ตัว หากกฎหมายคลุมเครือก็ย่อมไม่เป็นธรรมที่จะไม่ยอมให้ประชาชนยกเอาความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัว

“หลักความชัดเจนแน่นอน” ย่อมเป็นหลักประกันว่า กฎหมายที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และยังเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ศาลใช้อำนาจตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน

(3) กฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรและจะใช้วิธีเทียบเคียงไม่ได้

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น นอกจากการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนแล้วก็ไม่เพียงพอ การนำกฎหมายอาญามาใช้จึงต้องนำมาใช้อย่างเคร่งครัดเพราะหากตีความไม่เคร่งครัด แล้วก็จะมิผลในการขยายข้อความของกฎหมายไปลงโทษบุคคลในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติ

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า “การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือ ต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit)³⁷ และ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวต่อไปอีกความว่า “การตีความกฎหมายอาญา จะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (in dubio pro reo)³⁸”

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร นักนิติศาสตร์ซึ่งเป็นนักกฎหมายในระบบซิวิลลอว์ ผู้ยิ่งใหญ่ผู้หนึ่ง ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญาว่า ประกอบด้วย 4 หลักเกณฑ์³⁹ คือ

1. การตีความตามหลักภาษา⁴⁰

จากหลักประกันในกฎหมายอาญาตามมาตรา 2 แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอาญา เกิดจากการบัญญัติ ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างมั่นคงแน่นอนว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดไว้ในกฎหมายเท่านั้น จึงทำให้จุดเริ่มต้นของการตีความอยู่ที่ “ถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย” โดยพิจารณาว่าถ้อยคำที่ตีความนั้นต้องการให้มีความหมายตามที่ใช้กันทั่วไปหรือต้องการให้มีความหมายเป็นพิเศษ การดูความหมายพิเศษของถ้อยคำในกฎหมาย คือการดู “นิยาม” ของตัวกฎหมายแต่ถ้ากฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมาย หรือ นิยามความหมายของถ้อยคำเป็นพิเศษ ก็ต้องตีความโดยอาศัย “ความเป็นหนึ่งเดียวกันของระบบกฎหมาย”

ตัวอย่างหลักการตีความกฎหมายอาญาตามหลักภาษา

เรื่องการตีความคำว่า “พรากรผู้เยาว์”

คำพิพากษาฎีกาที่ 3152/2542 คำว่า “พรากร” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานให้ความหมายว่า จากไป พาเอาไปเสีย แยกออกจากกัน หรือเอาออกจากกัน

ดังนั้น คำว่า “พรากร” ในความผิดฐานพรากรผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ไปเสียจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลของบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก ถูกรบกวน หรือถูกระทบกระเทือน

³⁷ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 43.

³⁸ หยุด แสงอุทัย, เพิ่งอ้าง, น. 44.

³⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 79 - 85.

⁴⁰ คณิต ฒ นคร, เพิ่งอ้าง, น. 79 - 80.

2. การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย⁴¹

หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยถือตามถ้อยคำของตัวบทกฎหมายหรือความหมายตามกฎหมายเป็นเกณฑ์ แต่การตีความตามหลักภาษาอาจมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย การตีความกฎหมายโดยใช้หลักการตีความตามหลักภาษาเพียงอย่างเดียวอาจจะยังขาดความชัดเจนที่จะทำให้ทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทได้ จึงต้องอาศัยหลักการตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายด้วย กฎหมายอาญามีความสัมพันธ์ของกฎหมายอย่างเป็นระบบ แม้จะมีการนิยามความหมายของถ้อยคำต่าง ๆ ในกฎหมายอาญา แต่เวลานำมาใช้ในแต่ละฐานความผิดอาจต้องนำคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือช่วยการตีความกฎหมายอาญาเพื่อความถูกต้องตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นด้วย หรือบางกรณีที่กฎหมายอาญาไม่มีบทนิยามความหมายของถ้อยคำต่าง ๆ ไว้เป็นพิเศษ ต้องอาศัยหลักการตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายอาญากับกฎหมายอื่น เมื่อปรากฏว่า “นิยาม” ของถ้อยคำนั้นไม่มีในกฎหมายอาญา แต่มีอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ เพื่อความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ ของกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่ต้องนำหลักกฎหมายอื่นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย

3. การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย⁴²

การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น อาทิ ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง รายงานการประชุมของสภา เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย เป็นต้น ซึ่งหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย จึงนำไปสู่การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

4. การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย⁴³

การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมาย ของตัวบทกฎหมายจาก คุณธรรมทางกฎหมาย โดยคุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมาย การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย จึงต้องค้นหาจากคุณธรรมทางกฎหมาย โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงคุณธรรมทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 นั้น อาจแยกฐานความผิดได้ออกเป็นสองฐานความผิด โดยแยกออกเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย

⁴¹ คณิต ฅ นคร, *อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 39*, น. 80 - 83.

⁴² คณิต ฅ นคร, *อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 39*, น. 83 - 84.

⁴³ คณิต ฅ นคร, *อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 39*, น. 84 - 85.

ตามมาตรา 319 วรรคแรก และความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 วรรคสอง เกี่ยวกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองของความผิดตามมาตรา 319 ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 4465/2530 ว่า “ผู้เสียหายอายุ 16 ปีเศษ ยังอาศัยและอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา แม้บิดามารดาจะให้อิสระแก่ผู้เสียหายโดยผู้เสียหายจะไปเที่ยวที่ไหน กลับเมื่อใดไม่เคยสนใจสอบถามหรือห้ามปราม ผู้เสียหายก็ยังอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การที่จำเลยพบกับผู้เสียหายที่งานบวชพระแล้วพาผู้เสียหายไปกระทำชำเราด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ย่อมเป็นการล่วงอำนาจปกครองของบิดามารดา จึงเป็นความผิดตามมาตรา 319” โดยคำว่า “อำนาจปกครอง” ในที่นี้ก็คือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรา 319 นี้เอง แต่เนื่องจากความผิดตามมาตรา 319 นี้มีการพรากไปจากผู้ดูแลด้วย คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรา 319 นี้จึงต้องเรียกว่า “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แม้กฎหมายเห็นว่า ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุกว่า 15 ปี เป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอมโดยถูกต้องได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้เยาว์ไม่ให้ผู้เยาว์ถูกกระทำอนาจารหรือไม่ต้องการให้มีบุคคลใดมากระทำแสวงหากำไรจากผู้เยาว์ แม้ผู้เยาว์จะเต็มใจไปด้วย กฎหมายก็ยังคงคุ้มครอง “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเพียงอย่างเดียว มิได้คุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้เยาว์เหมือนดังเช่น มาตรา 318 ดังนั้น หากผู้กระทำพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารหรือเพื่อหากำไรแล้ว ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนถึงคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ผู้กระทำจึงมีความผิดแม้ผู้เยาว์จะสมัครใจก็ตาม เพราะความสมัครใจของผู้เยาว์ไม่ใช่สาระสำคัญของคุณธรรมทางกฎหมายในมาตรา 319

เมื่อทราบถึงหลักการตีความกฎหมายอาญาแล้ว ในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการกระทำผิดของเด็ก เพราะวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดอาญาแตกต่างจากการกระทำผิดของผู้ใหญ่ เนื่องจากเด็กยังอ่อนต่อวัยและด้อยประสบการณ์ ความตั้งใจกระทำใด ๆ ของเด็กจึงอยู่บนรากฐานของความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และไม่สามารถเห็นผลของการกระทำอย่างแท้จริง จึงจำเป็นที่จะต้องทราบแนวความคิดดำเนินคดีเด็กและสาเหตุในการกระทำผิดของเด็ก โดยผู้เขียนจะขอกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

⁴⁴ คณิต ฒ นคร, *อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 39*, น. 159.

2.3 แนวคิดการดำเนินคดีเด็ก

การดำเนินคดีกับเด็กนั้น ไม่ได้มีขึ้นเพื่อการแก้แค้นทดแทน หรือข่มขู่ยับยั้งเป็นหลัก แต่มีขึ้นเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดซึ่งยังขาดด้วยวิวุฒิ คุณวุฒิ ประสบการณ์ ความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ดังเช่นบุคคลทั่วไป ด้วยเหตุดังกล่าว การลงโทษทางอาญาจึงไม่ใช่สิ่งที่พึงปรารถนาเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดของบุคคลดังกล่าว ในทางกลับกันกลับเป็นการสร้างผลเสีย ตีตราบาป หรือเป็นการตัดอนาคตของบุคคลที่จะก้าวขึ้นเป็นกำลังสำคัญของประเทศชาติในอนาคตต่อไปอีกด้วย

2.3.1 แนวคิดการกระทำความผิดของเด็ก

ปัจจุบันการกระทำความผิดของเด็กมีมากขึ้น มีผู้ลงความเห็นว่าการกระทำผิดของเด็กดังกล่าวเป็นการประกอบอาชญากรรม ซึ่งเด็กเหล่านั้นมักจะถูกเรียกว่า “ยุวอาชญากร” ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้เข้าใจว่า เด็ก เป็นผู้ที่มีความสามารถในการประกอบอาชญากรรมเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ จึงควรได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความเห็นแย้งขึ้นว่า เด็กจะมีความรู้สำนึกและเล็งเห็นผลในการประกอบอาชญากรรมเช่นเดียวกับผู้ใหญ่จริงหรือ และถ้าเด็กมีความรู้สำนึกและเล็งเห็นผลในการประกอบอาชญากรรมแตกต่างไปจากผู้ใหญ่แล้ว เด็กควรจะได้รับผลตอบแทนในการกระทำ อันได้แก่ การถูกลงโทษเช่นเดียวกับผู้ใหญ่หรือไม่ ความจริงแล้วได้มีแนวคิดที่จะแยกพิจารณาการกระทำผิดทางอาญาของเด็กให้แตกต่างไปจากการประกอบอาชญากรรม ทั้งนี้ เริ่มตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 เมื่อประเทศต่าง ๆ ในยุโรปและสหรัฐอเมริกาได้มีการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดทางอาญาโดยทั่ว ๆ ไป แตกต่างจากอาชญากรผู้ใหญ่ นับตั้งแต่จับกุม การแยกการควบคุมตัวเด็ก ต่างหากจากผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาคดี ได้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กซึ่งมีกระบวนการพิจารณาคดีแตกต่างไปจากศาลอาญา กล่าวคือ การพิจารณาคดีจะเน้นหนักถึงสุขภาพ อารมณ์ และประวัติความเป็นมาทางสังคม ของเด็กเป็นสำคัญ และพยายามที่จะหาทางแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ โดยมุ่งหวังที่จะให้เด็กสามารถกลับตนเป็นคนดีอันเป็นประโยชน์ต่อตัวเอง⁴⁵

อนึ่ง ในการที่สังคมมีวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดทางอาญาแตกต่างไปจากอาชญากรโดยทั่ว ๆ ไปดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นถึงความปรารถนาดีของสังคมในการที่จะให้อภัยต่อความผิดพลาดของเด็ก ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะเห็นว่า เด็กยังอ่อนต่อวัยและด้อยประสบการณ์ ความตั้งใจกระทำการใด ๆ ของเด็กจึงอยู่บนรากฐานของความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และไม่สามารถเล็งเห็นผลของ

⁴⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 51.

การกระทำอย่างแท้จริง เด็กที่กระทำความผิดอาญาจึงไม่ควรถูกปรักปรำว่าเป็นอาชญากรหรือ
 ยูวอาชญากรตามที่เข้าใจกัน ฉะนั้น การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดกฎหมาย จึงต้องมีวิธีการแตกต่าง
 ออกไปตามวัยและความรู้สึกผิดชอบของเด็ก เกี่ยวกับเรื่องนี้ ประมวลกฎหมายอาญา⁴⁶ ได้บัญญัติว่า
 เด็กอายุไม่เกินสิบปีกระทำการอันกฎหมาย บัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้น ไม่ต้องรับโทษ และเด็กอายุ
 เกินสิบปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ
 แต่ให้ศาลมีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้ อาทิเช่น ว่ากล่าว ตักเตือนแล้วปล่อยตัวไป หรือมอบตัว
 เด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์กรที่ศาลเห็นสมควร เพื่อดูแลอบรมและสั่งสอนตามระยะเวลา
 ที่ศาลกำหนด เป็นต้น และถ้าผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติ
 เป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควร
 วินิจฉัยว่าสมควรลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้จัดการตาม
 วิธีการเพื่อให้กลับตัวเป็นคนดีได้ตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นสมควรจะพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลด
 มาตรการส่วนโทษ ที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง⁴⁷ และผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกิน
 ยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตรการส่วนโทษที่
 กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้⁴⁸ จึงเห็นได้ว่า กฎหมายอาญา
 ได้กำหนดวิธีการปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งมีอายุกว่าสิบปีจนถึงยี่สิบปีบริบูรณ์ไว้แตกต่างกัน แต่เมื่อ
 พิจารณาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว
 พ.ศ. 2553 มาตรา 4 บัญญัติว่า เด็ก หมายถึง บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ ส่วนเยาวชน
 หมายถึง บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์⁴⁹ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็น
 เรื่องที่บุคคลกระทำความผิดกฎหมายอาญา ดังนั้น ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลจึงต้องพิจารณาจาก
 ความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำในขณะกระทำตามมาตรา 2 ประกอบ มาตรา 73 ถึง 76 แห่งประมวล
 กฎหมายอาญาประกอบด้วย ดังนั้น ตามความหมายในปัจจุบันคำว่า “เด็ก” จึงหมายถึง บุคคลที่มีอายุ
 เกินกว่า 10 ปี บริบูรณ์ แต่ไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ ส่วนคำว่า “เยาวชน” จึงหมายถึง บุคคลที่มีอายุเกิน
 กว่า 15 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ และในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำ

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 (อ้างใน อัจฉริยา ชุตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 52.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75

⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 76

⁴⁹ อัจฉริยา ชุตินันท์, กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น.55. (อ้างใน อัจฉริยา ชุตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2563), น. 53.

ความผิดกฎหมายอาญาดังกล่าว จึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ดังนั้น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จึงมีบทบาทสำคัญในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับเด็ก เยาวชน ผู้เยาว์ และครอบครัว กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนในคดีอาญา และคุ้มครองประโยชน์ หรือส่วนได้เสียของผู้เยาว์ในคดีแพ่งตลอดจนการช่วยเหลือคุ้มครองสถานภาพของการสมรส สามี ภริยา และบุตรผู้เยาว์ ดังนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงมีผลทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนมีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับผู้ใหญ่เลยทีเดียว

อนึ่ง การที่เด็กกระทำความผิด และการประกอบอาชญากรรม ถึงแม้จะไม่มี ความแตกต่างกัน เพราะผลของการกระทำความผิดย่อมนำมาซึ่งความเดือดร้อนผู้สังคม แต่ถ้าพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วจะเห็นว่าเป็นประโยชน์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีที่คืนวันข้างหน้า ซึ่งตรงนี้จะเห็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวม

2.3.1.1 ความหมายของการกระทำความผิดของเด็ก

จากแนวความคิดที่ต้องการจะให้มีการแยกเด็กที่กระทำความผิดออกจากอาชญากรผู้ใหญ่ และมุ่งที่จะให้การแก้ไขสงเคราะห์คุ้มครองให้กลับตนเป็นคนดียิ่งกว่าการลงโทษจะพิจารณาแต่เพียงว่าการกระทำความผิดใดเป็นความผิดตามกฎหมาย อาจทำให้เหตุการณ์สายเกินแก้ เด็กอาจกลายเป็นอาชญากรที่ร้ายแรงได้ การพิจารณาความหมายของคำว่า เด็กกระทำความผิด จึงได้ขยายกว้างออกไปจากการกำหนดแต่เพียงการกระทำความผิดกฎหมายอย่างผู้ใหญ่เท่านั้น

การพิจารณาความหมายของคำว่าเด็กกระทำความผิด อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วนประกอบกัน คือ

(1) เกณฑ์อายุ ประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ในการพิจารณาให้การสงเคราะห์คุ้มครองว่า เกณฑ์อายุขั้นต่ำเท่าใดจึงจะเริ่มให้เด็กมีความรับผิดชอบทางอาญา และเกณฑ์อายุขั้นสูงเท่าใด ซึ่งจะถือว่าพ้นจากเกณฑ์ที่จะใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชนได้ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดที่ได้รับความสงเคราะห์คุ้มครองจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าขั้นต่ำที่กำหนด และขั้นสูงไม่เกินกว่าเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งเกณฑ์อายุนี้นี้ แต่ละประเทศได้กำหนดแตกต่างกัน ประเทศไทย เดิมถืออายุ 7 ปี ลงมา ยังไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2551 ได้มีการแก้ไขอายุเป็น 10 ปี ลงมา ยังไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา

(2) เกณฑ์การกระทำความผิด การพิจารณาความหมายของคำว่าเด็กกระทำความผิด จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ 2 อย่าง ประกอบกัน คือ เกณฑ์อายุ และเกณฑ์การกระทำความผิด ซึ่งเกณฑ์การกระทำความผิดของ

เด็กมีความหมายกว้าง โดยรวมทั้งการกระทำความผิดทางอาญา และการประพฤตินอสมควร ซึ่งอาจพิจารณาเกณฑ์การกระทำได้ ดังนี้

(2.1) เด็กที่กระทำผิดกฎหมายอาญา

(2.2) เด็กที่ปรับตัวเข้ากับบรรทัดฐานทางสังคมไม่ได้ หรือที่เรียกว่าความผิดตามสถานะของบุคคล เช่น การประพฤตินอสมควร การหนีออกจากบ้าน หนีโรงเรียน การไม่เคารพเชื่อฟังบิดามารดา การเร่ร่อนอยู่ในที่สาธารณะ การแสดงกิริยา วาจา หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่สุภาพ ซึ่งความผิดเหล่านี้ ถ้าผู้ใหญ่กระทำจะไม่ถือเป็นความผิด

(2.3) เด็กที่จะได้รับการสงเคราะห์และคุ้มครอง เป็นกรณีของเด็กไม่ได้กระทำความผิด แต่เป็นผู้ที่ถูกทอดทิ้งหรือไม่ได้รับการปฏิบัติโดยชอบ ซึ่งถือว่าอยู่ในอำนาจของศาลคดีเด็กฯ ด้วย เช่น เด็กอนาถา เด็กจรจัดไม่มีที่อยู่อาศัย เด็กกำพร้าบิดามารดา เด็กที่บิดามารดาไม่เลี้ยงดู เด็กยากจนที่บิดามารดาไม่สามารถให้การเลี้ยงดูได้

ดังนั้นอาจสรุปเกณฑ์การกระทำผิดของเด็กและเยาวชนได้ดังนี้ คือ

(1) การกระทำผิดกฎหมายอาญา หรือ

(2) การกระทำซึ่งถือว่าเป็นความผิดของเด็กโดยเฉพาะอัน ได้แก่ เด็กซึ่งมีปัญหาทางความประพฤติ เด็กที่ประพฤตินอสมควรแก่วัย เช่น ประพฤติเกเร เที่ยวเร่ร่อนไปในที่สาธารณะ หนีโรงเรียน และรวมทั้งเด็กที่จำเป็นต้องได้รับความสงเคราะห์เนื่องจากกำพร้าบิดา มารดา หรือถูกบิดามารดาทอดทิ้งหรือเป็นเด็กพิการทางร่างกาย จิตใจ หรือสมอง อันอาจเป็นอันตรายต่อตัวเด็กเองหรือผู้อื่น⁵⁰

2.3.1.2 สาเหตุของการกระทำผิดของเด็ก

ปัจจุบันนักอาชญาวิทยามีความสนใจในเรื่องสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน และพบว่าเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดเนื่องมาจากความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจประกอบด้วยสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ที่ช่วยทำให้ประพฤตินอสมควร⁵¹ การค้นหาสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนเป็นสิ่งจำเป็นเปรียบเสมือนการค้นหา สาเหตุของโรคร้ายไข้เจ็บเพื่อจะได้ป้องกันและแก้ไขได้ถูกต้อง เพราะสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนนั้นมีหลายประการด้วยกัน จำต้องค้นหาให้พบ เพื่อจะได้ใช้วิธีป้องกันและแก้ไขให้ตรงกับสาเหตุเป็นราย ๆ ไป

⁵⁰ ประเทือง ธนิยผล, กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2556), น. 21 – 24.

⁵¹ อัจฉริยา ชุตินันท์, กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 25.

เด็กและเยาวชนแต่ละคนกระทำผิดด้วยสาเหตุต่าง ๆ กัน บางครั้ง เด็กและเยาวชนอาจกระทำผิดเพราะสาเหตุหลายประการประกอบกันก็มี

(1) การศึกษาสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในเชิงวิชาการ⁵² สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน โดยทั่วไปอาจศึกษาได้เป็น 3 ด้านด้วยกัน คือ ในด้านของกฎหมาย สังคมวิทยา และจิตวิทยา

(1.1) สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนด้านกฎหมาย นักกฎหมายถือว่าสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนเกิดจากความเยาว์วัย การรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือการถูกล่อลวงจากผู้ใหญ่ จึงไม่ถือว่าการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนเป็นการกระทำผิดในทางอาญา ไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรม ถือว่าเป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น เมื่อเด็กและเยาวชนกระทำผิดก็จะไม่ลงโทษในทางอาญา (penalty) แต่จะใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษ เพื่อแก้ไขความประพฤติ (rehabilitation) ตัวของเด็กและเยาวชนผู้กระทำผิดก็ไม่เรียกว่าเป็นอาชญากร แต่เรียกว่าผู้กระทำผิดหรือผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน

(1.2) สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนด้านสังคมวิทยา นักสังคมวิทยาอธิบายถึงสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนว่า มาจากการที่เด็กและเยาวชนนั้นคบหาสมาคมกับคนที่มีความประพฤติไม่ดี อาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ไม่ดี เด็กและเยาวชนเป็นผู้ที่ยังมีจิตใจอ่อนแอไม่มั่นคง จึงถูกชักนำครอบงำได้ง่าย ตัวอย่างที่ไม่ดีของบุคคลที่แวดล้อมตัวเด็กและเยาวชนหล่อหลอมให้เด็กและเยาวชนประพฤติผิดไปจากบรรทัดฐานของสังคมและกลายเป็นการกระทำผิดในที่สุด จากสถิติของศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง พบว่าปัจจัยซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญของการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนก็คือ สภาพครอบครัวที่แตกแยก (broken home) ความยากจน การขาดการศึกษา การอาศัยในชุมชนแออัดซึ่งแวดล้อมไปด้วยมิชฌาชีพคนจรจัด และเป็นแหล่งมั่วสุมของอบายมุข

(1.3) สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนด้านจิตวิทยา นักจิตวิทยาอธิบายถึงสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนไว้หลายทฤษฎี บางทฤษฎี ก็เกี่ยวข้องกับทางชีววิทยาด้วย กล่าวคือ อธิบายว่าการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนมีสาเหตุมาจากความผิดปกติทางร่างกาย เช่น ขาเป๋ ปากแหว่ง ตาเข เป็นต้น ความผิดปกติทางจิต เช่น เป็นโรคปัญญาอ่อน โรคจิต หรือโรคประสาท เป็นต้น ความผิดปกติเหล่านี้อาจมีมาแต่กำเนิด สืบทอดทางกรรมพันธุ์ โดยผ่านทางยีนหรือโครโมโซม หรือเกิดจากความเจ็บไข้ รวมทั้งอุบัติเหตุซึ่งเกิดขึ้นภายหลัง

⁵² บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: วิทพัฒน์, 2546), น. 39.

ซึ่งสาเหตุดังกล่าวเป็นปมด้อยหรือแนวโน้มที่มีส่วนผลักดันให้อารมณ์เด็กและเยาวชนแปรปรวน มองโลกในแง่ร้าย มีพฤติกรรมเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม และกระทำผิดได้ง่าย และบางครั้งก็อาจกระทำ ผิดรุนแรง ผิดปกติด้วย จากสถิติของศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ปรากฏว่าเด็กและเยาวชน ที่กระทำผิด มักจะมีสาเหตุมาจากความผิดปกติทางด้านจิตใจและอารมณ์เป็นส่วนใหญ่ แต่อย่างไร ก็ตาม ความบกพร่องทางจิตนี้มีสาเหตุแห่งการกระทำผิดโดยตรง หากแต่กำหนดให้สภาพจิตใจ ของเด็กและเยาวชนอ่อนแอ ไม่สามารถควบคุมอารมณ์ได้ เป็นเหตุให้ขาดความยับยั้งชั่งใจ จึงกระทำผิดได้ง่ายกว่าคนทั่วไป

(2) สาเหตุแห่งการทำความผิดของเด็กและเยาวชนโดยทั่วไป⁵³

(2.1) สาเหตุที่เกิดจากสิ่งแวดล้อม แบ่งออกได้เป็น 4 ประการ คือ

(1) สาเหตุจากสิ่งแวดล้อมภายในครอบครัว ได้แก่

- การแตกร้างภายในครอบครัว เช่น บิดามารดาตายหรือหย่าร้างกัน

- การไม่สามัคคีปรองดองกันในครอบครัว

- ความยากจน

- ความสกปรก รกรุงรังของบ้านเรือน หรือการที่บ้านเรือนตั้งอยู่ในแหล่งเสื่อมโทรม

- บิดามารดาเป็นคนไม่ดี เป็นตัวอย่างไม่ดีแก่เด็ก หรือสั่งสอนให้เด็กประพฤติชั่ว เพื่อ

แสวงหาประโยชน์จากเด็ก

- บิดามารดาปล่อยปละละเลย ไม่ดูแลเรื่องความเป็นอยู่ การศึกษาเล่าเรียน ไม่เอาใจใส่

อบรมดูแลสั่งสอนเด็ก ซึ่งอาจเป็นเพราะบิดามารดาอยากจน ไม่มีเวลาให้ความรักความอบอุ่นแก่เด็ก หรือเป็นเพราะไร้การศึกษา รวมทั้งบิดามารดาที่อบรมดูแลเด็กเข้มงวดกวัดขั้นเกินไปหรือตามใจ เด็กมากเกินไปจนเสียคนด้วย

(2) สาเหตุจากสิ่งแวดล้อมภายนอกครอบครัว ได้แก่

- สิ่งแวดล้อมทางสังคมที่ไม่ดีต่าง ๆ

- การคบเพื่อนชั่ว

- ตัวอย่างไม่ดีจากสิ่งเร้าต่าง ๆ เช่น แหล่งบันเทิงที่ยั่วยุกามารมณ์ ภาพยนตร์ และ

หนังสือลามก

- การขาดสถานที่พักผ่อนหย่อนใจและสิ่งจรรโลงใจ

(3) สาเหตุจากสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากสถานการณ์ของบ้านเมือง ได้แก่

- ตัวอย่างไม่ดีต่าง ๆ ในสังคมโดยเฉพาะในละแวกบ้าน

⁵³ บุญเพราะ แสงเทียน, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น. 40.

- ความขัดแย้งทางวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และประเพณี
- ผลสะท้อนจากการปฏิบัติอันไม่ยุติธรรมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบ้านเมือง
- ผลจากความตกต่ำทางเศรษฐกิจและค่าครองชีพที่สูงขึ้น
- (4) สาเหตุจากสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากสถานการณ์อื่น ๆ ได้แก่
- การขาดที่อยู่อาศัยที่เหมาะสมและการขาดการศึกษา
- การขาดแคลนเครื่องอุปโภคบริโภคที่จำเป็น ทำให้เกิดการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

มากขึ้น

- กรณีที่เกิดสงครามหรือความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมือง การรบราฆ่าฟันกัน ทำให้เด็กมีจิตใจ

หยาบกระด้าง

(2.2) สาเหตุที่เกิดจากตัวเด็กและเยาวชนเอง แบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ

(1) สาเหตุทางพันธุกรรม นักอาชญาวิทยาบางท่าน เช่น เซซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso (พ.ศ. 2379 - 2452)) บิดาแห่งวิชาอาชญาวิทยาชาวอิตาลี เชื่อว่า ความประพฤติ หรือ ลักษณะนิสัยบางอย่างของมนุษย์เรานั้นสามารถถ่ายทอดจากบิดามารดาสู่บุตรหลานได้ไม่มากนัก น้อย เช่น ความบกพร่องทางจิตใจของบิดามารดาอาจถ่ายทอดมายังบุตรได้ ทำให้บุตรขาดความยับยั้งชั่งใจในการกระทำผิด โรคภัยไข้เจ็บบางอย่างก็อาจติดไปถึงบุตรได้เช่นกัน ดังคำพังเพยที่ว่า “ลูกไม้หล่นไม่ไกลต้น”

(2) สาเหตุจากความไม่สมประกอบทางกาย ความไม่สมประกอบทางกายเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เด็กกระทำผิดได้ เพราะการมีร่างกายไม่สมประกอบนั้นเป็นสาเหตุให้เด็กถูกล้อเลียนจากเพื่อนเล่น หรือเป็นที่รังเกียจจากคนทั่วไป ทำให้เด็กเกิดปมด้อยและต้องการหาทางชดเชย โดยทำให้ตนเด่นหรือทำให้ตนเป็นที่ยอมรับในสังคม ซึ่งบางครั้งเป็นการกระทำเด่นในทางที่ผิด

(3) สาเหตุจากความไม่สมประกอบทางจิต ปกติคนเรานั้นย่อมมีความรู้สึกหรือลักษณะนิสัยต่าง ๆ คล้ายคลึงกัน มีความโลภ ความโกรธ ความหลง และความรู้สึกทางเพศ เป็นต้น แต่การแสดงออกเพื่อสนองตอบความรู้สึกเหล่านั้นแตกต่างกันออกไปในแต่ละคน ขึ้นอยู่กับการศึกษาอบรม และสภาวะแวดล้อม องค์กรประกอบอย่างหนึ่งที่ทำให้การแสดงออกของแต่ละคนผิดแผกกันออกไปก็คือ ความมีจิตใจมั่นคง หรือจิตบกพร่อง ผู้ที่มีจิตบกพร่องไม่สมประกอบก็จะแสดงออกผิดแผกไปจากผู้ที่มีจิตใจมั่นคง กล่าวคือ ผู้ที่มีจิตบกพร่องจะขาดวิจารณญาณและความยับยั้งชั่งใจในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรม เป็นเหตุให้เกิดเป็นการกระทำผิดขึ้นได้

2.3.2 การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิด

การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่าในกรณีใด ๆ ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หากปรากฏในข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก

การกำหนดบทลงโทษหรือการพิจารณาถึงโทษที่จะลงโทษในกรณีดังกล่าวย่อมมีความแตกต่างไปจากผู้ใหญ่⁵⁴

2.3.2.1 ประเด็นเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิด

ในการดำเนินการเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนในปัจจุบัน อาจจะพิจารณาได้ใน 3 มุมมอง กล่าวคือ มุมมองแรก มุ่งไปที่กลุ่มเด็กหรือเยาวชนที่ไม่มีปัญหา ในมุมมองนี้ทางรัฐมีนโยบายในเชิงป้องกัน โดยมุ่งส่งเสริมและพัฒนาการของเด็กหรือเยาวชนเหล่านี้ในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะส่งเสริมในด้านกิจกรรมกีฬา ส่งเสริมความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน มีการแนะนำให้คำปรึกษา และฝึกอบรมเพื่อส่งเสริมความประพฤติที่เหมาะสม ความรับผิดชอบต่อสังคม เพื่อให้เด็กหรือเยาวชนมีความรู้ความสามารถมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ในหมวด 7 ว่าด้วยการส่งเสริมความประพฤตินักเรียนนักศึกษา มุมมองที่สอง มุ่งไปที่กลุ่มเด็ก หรือเยาวชนที่เป็นเหยื่อของการกระทำและกลุ่มเด็กที่ด้อยโอกาสและเสี่ยงต่อการกระทำความผิด เช่น กลุ่มเด็กหรือเยาวชนที่ถูกบังคับให้เป็นโสเภณี ถูกข่มขืนโดยบุคคลในครอบครัวหรือถูกทารุณกรรมหรือเด็กถูกทอดทิ้ง เด็กเร่ร่อน เป็นต้น กฎหมายที่เข้ามาดูแลเรื่องนี้ โดยเฉพาะ ในปัจจุบันก็คือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มุมมองที่สาม คือ มุ่งไปที่กลุ่มเด็กหรือเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง โดยแนวนโยบายแห่งรัฐมองว่า เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดเสียเองนี้มีสภาพปัญหาแตกต่างไปจากผู้ใหญ่ เพราะเด็กหรือเยาวชนส่วนใหญ่ มีร่างกายและจิตใจไม่เหมือนผู้ใหญ่ เด็กหรือเยาวชนมีการศึกษา มีประสบการณ์ชีวิตหรือทักษะในการดำรงชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่ เด็กหรือเยาวชนจึงอาจถูกชักจูงให้กระทำความผิดได้ง่าย และการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนบางครั้งก็มาจากสาเหตุอื่นอันเป็นผลผลิตทางสังคม รัฐจึงควรที่จะเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบหาทางแก้ไขเด็กหรือเยาวชนให้ถูกต้อง⁵⁵ แนวความคิดของสังคมแต่ก่อน เห็นว่า เด็กที่เกิดมาย่อมได้รับการถ่ายทอดอุปนิสัยทางกรรมพันธุ์ เด็กที่ประพฤติชั่วเกรงชอบลักเล็กขโมยน้อย จึงถูกมองว่าเป็นเด็กที่มีสันดานชั่วร้าย ไม่มีทางที่จะแก้ไขได้ สังคมจะตั้งข้อรังเกียจเด็กเหล่านี้ อยากจะให้เอาเด็กเหล่านี้ไปให้พ้นจากสังคมของตัว หรือให้จับไปคุมขังเสียด้วยวิธีการที่รุนแรง เมื่อเด็กกระทำความผิดก็จะถูกลงโทษเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่กระทำความผิด ในสมัยก่อนมีหลายประเทศถึงกับมีการลงโทษประหารชีวิตเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดด้วย เด็กที่กระทำความผิดและถูกลงโทษจำคุก ก็จะมี

⁵⁴ มาตราลักษณะ อรุ้งโรจน์, กฎหมายเบื้องต้น เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 111.

⁵⁵ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 19.

นำไปขังรวมอยู่กับผู้ใหญ่ ซึ่งแน่นอน เมื่อเด็กเข้าไปอยู่ในคุกปะปนกับนักโทษที่เป็นผู้ใหญ่ ก็จะถูกคนที่โตกว่าข่มเหงรังแกต่าง ๆ นานา และจะได้รับการถ่ายทอดสิ่งชั่วร้ายหรือความประพฤติในทางเสียหายที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นจากนักโทษที่เป็นผู้ใหญ่ ซึ่งมีความชัดเจนในการก่ออาชญากรรมทำให้เด็กเหล่านั้นจมปรักลงไปอีกจนยากที่จะแก้ไขได้จริง ๆ จึงทำให้มองเห็นว่าเป็นจริงตามที่มีแนวความคิดที่ว่า ที่เด็กกระทำผิดเพราะมีความชั่วร้ายอยู่ในสันดานมาแต่กำเนิด ต่อมานักวิชาการทางอาชญวิทยา ได้มีการค้นคว้าวิจัย พยายามที่จะเปลี่ยนแนวความคิดเก่า ๆ มีการเผยแพร่ผลงานการวิจัยให้ประชาชนทั่ว ๆ ไปได้เข้าใจว่า เด็กที่ทำผิด ไม่ใช่จะเป็นสันดานโดยกำเนิด ไม่ว่าจะสังคมใด ประเทศใด เชื้อชาติใด ก็ย่อมจะต้องมีทั้งคนดี คนชั่ว เราไม่อาจกำจัดอาชญากรรมให้หมดสิ้นไปได้ เช่นเดียวกับเราที่ไม่อาจทำให้สังคมใดปราศจากเด็กที่กระทำผิดได้ แต่จากผลการวิจัยค้นคว้าของนักอาชญวิทยา ทำให้ประชาชนส่วนใหญ่มองเห็นความจริงว่า ความคิดหรือความเชื่อเดิมที่ว่า เด็กที่กระทำผิดเป็นเพราะมีสันดานชั่วร้ายติดมาแต่กำเนิดนั้น เป็นความคิดที่ไม่ถูกต้อง ความจริงนั้นเด็กที่กระทำผิดส่วนใหญ่เป็นเพราะได้รับความชั่วร้ายหรือ สิ่งที่ผิดมาในภายหลัง และอยู่ในวัยที่ยังแก้ไขให้กลับตัวเป็นคนดีได้ การที่เด็กกระทำผิดอาจเป็นเพราะความอ่อนแอแห่งจิต ความเบาปัญญา ความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ในแง่เจตนาและการกระทำเด็กย่อมมีความยังคิดน้อยกว่าผู้ใหญ่ การที่จะใช้วิธีการลงโทษเด็กที่กระทำผิดเท่าเทียมกับผู้ใหญ่ที่กระทำผิด ก็ย่อมไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง และการที่ปฏิบัติเด็กที่กระทำผิดด้วยวิธีการที่รุนแรงก็ดี ตั้งข้อรังเกียจแก่เด็กเป็นการผลักดันให้เด็กที่กระทำผิดออกจากสังคมที่ดีก็ดี ส่วนแล้วแต่เป็นการผลักดันให้เด็กเหล่านั้นไปสู่การเป็นอาชญากรตรงกันข้ามถ้าเราให้โอกาสแก่เด็กที่กระทำผิด ไม่ทอดทิ้งเขา เข้าใจเขา ช่วยแก้ไขสาเหตุที่ทำให้เขาไปสู่การกระทำผิด ให้ความช่วยเหลือชี้แจงแนะนำเขาเหล่านั้นให้ไปสู่ทางที่ถูกต้อง ปกป้องมิให้กลับไปสู่ทางเดิมอีก เด็กเหล่านั้นก็กลับตัวเป็นคนดีได้ เป็นพลเมืองดีและเป็นประโยชน์ต่อสังคม ดังนั้นแนวความคิดที่มีต่อเด็กที่กระทำผิด ในปัจจุบัน จึงได้วางหลักที่จะปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดในลักษณะที่หลีกเลี่ยงวิธีการเก่า ๆ แยกเด็กที่กระทำผิดออกจากอาชญากรผู้ใหญ่ วิธีปฏิบัติต่อเด็กแตกต่างกับผู้ใหญ่ตั้งแต่ขั้นจับกุม การควบคุม การพิจารณา การพิพากษา มิให้เป็นภาระงานเด็ก มิให้เด็กเกิดความรู้สึกต่อต้านหรือรู้สึกที่ถูกทอดทิ้ง เกลียดชัง ให้เด็กเหล่านั้นรู้สึกว่าคุณยังต้อนรับเขาอยู่ ตลอดจนมิให้มีนักคิดหลังเด็กเหล่านั้นด้วยใบแดงแจ้งโทษ หรือมีประวัติเป็นอาชญากร การพัฒนาการได้ก้าวมา จนถึงขั้นแยกการพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดในศาลพิเศษต่างหากจากศาลผู้ใหญ่ก็คือ ศาลคดีเด็กและเยาวชนและใช้กฎหมายพิเศษสำหรับเด็กและเยาวชน โดยเฉพาะซึ่งเป็นประโยชน์ในการแก้ไขเด็กที่กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดีเป็นอย่างยิ่ง แต่ทั้งนี้ ทุกฝ่ายซึ่งรวมทั้งบิดามารดา ผู้ปกครอง ครูบาอาจารย์ และผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย จะต้องให้ความร่วมมือกัน ช่วยกันพยายามสนใจสนับสนุนให้กำลังใจแก่เด็กเหล่านั้น เพื่อให้เด็ก

เหล่านั้น ปรับตัวเข้ากับสังคมได้โดยไม่รู้สึกรู้ว่าตนมีปมด้อย การปฏิบัติต่อเด็กเหล่านั้นจะต้องคำนึงว่า เพื่อสวัสดิภาพและอนาคตของเด็กยิ่งกว่าทำเพื่อลงโทษ และโดยคำนึงถึงความปลอดภัยของสังคมควบคู่ไปด้วย⁵⁶

2.3.2.2 การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดในปัจจุบัน

การดูแลปัญหาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนในช่วงก่อนมีกฎหมายใช้บังคับนั้น เป็นหน้าที่ของพ่อแม่ผู้ปกครองจะต้องรับผิดชอบต่อบุตรหลานที่เป็นเด็กหรือเยาวชนในความปกครองดูแลของตน หากพ่อแม่ผู้ปกครองไม่สามารถปกครองดูแลบุตรหลานนั้นได้ก็จะไปแจ้งต่อทางการ เรียกว่า “บอกศาลา” ซึ่งจะพบความหมายของคำนี้ได้ในงานอนุกรมมีความหมายว่า “ประกาศตัดขาดไม่รับผิดชอบไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดู”

ต่อมาเมื่อเริ่มมีกฎหมายในส่วนของกระบวนการยุติธรรมมิได้แยกการดำเนินคดีเด็กและเยาวชน กับการดำเนินคดีผู้ใหญ่โดยให้มีการพิจารณาพิพากษาในศาลเดียวกัน ต่อเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจึงแยกการดำเนินการ ผู้ใหญ่จะถูกดำเนินการโดยพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ส่วนเด็กและเยาวชนจะถูกดำเนินการโดยพระราชบัญญัติจัดการฝึกและอบรมเด็กบางจำพวก พุทธศักราช 2479 ซึ่งสถานที่ที่ใช้ฝึกอบรมนั้นรู้จักกันในนาม “โรงเรียนคัดค้านาน”⁵⁷

ความเป็นมาของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน

(1) ยุคแรก⁵⁸ ประเทศไทยได้มีกฎหมายกำหนดกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนเป็นครั้งแรก โดย จัดให้มีกฎหมายสองฉบับ คือ

- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้งศาล เขตอำนาจศาล การลงโทษ และการอุทธรณ์ฎีกา

- พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับสถานพินิจและคุ้มครองเด็ก การสอบสวน การฟ้อง และการพิจารณาพิพากษาคดี

(2) ยุคกลาง⁵⁹ หลังจากใช้กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวมาเป็นเวลา 40 ปี พบว่ามีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่หลายประการ จึงมีการเปลี่ยนแปลงโดยยกเลิกกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว และ

⁵⁶ จารุณี ดันตยาคม, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและคดีส่วนแพ่งเกี่ยวกับผู้เยาว์ในศาลคดีเด็กและเยาวชน พร้อมคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวข้อง, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทประยูรวงศ์, 253-), น. 3 – 5.

⁵⁷ วชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล วิมล ศรีจันทร์, สิทธิเด็ก และการคุ้มครองตามกฎหมายกับกลุ่มมาเจสติล, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น. 64.

⁵⁸ วชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล วิมล ศรีจันทร์, *เพิ่งอ้าง*, น. 64 – 66.

⁵⁹ วชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล วิมล ศรีจันทร์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 57, น. 66.

ใช้กฎหมายฉบับใหม่แทน คือ “พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534” ซึ่งเหตุผลที่อ้างในการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่นี้ คือ

“โดยที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน และกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน มีบทบัญญัติที่ไม่เหมาะสมหลายประการ เช่น มิได้ให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการเปรียบเทียบปรับคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ศาลไม่มีอำนาจควบคุมในการสั่งคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวของผู้อำนวยการสถานพินิจได้อย่างเต็มที่ ไม่มีบทบัญญัติที่เร่งรัดให้พนักงานสอบสวนรีบส่งสำนวนการสอบสวนเด็กหรือเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิดไปยังพนักงานอัยการเพื่อฟ้องคดีต่อศาล และศาลไม่อาจแต่งตั้งบุคคลภายนอกมาเป็นผู้ช่วยพนักงานคุมประพฤติได้ นอกจากนี้การพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับครอบครัวเป็นอำนาจของศาลธรรมดา โดยไม่มีวิธีการเป็นพิเศษที่จะช่วยเหลือและคุ้มครองสถานภาพของการสมรส สามี ภริยา และบุตรได้อย่างเต็มที่ สมควรปรับปรุงวิธีพิจารณาพิพากษาคดีเด็กและเยาวชนให้เหมาะสม เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนให้การช่วยเหลือสงเคราะห์เด็กและเยาวชนซึ่งเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าของประเทศ เพื่อให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีในวันหน้า

ทั้งนี้ให้คดีเกี่ยวกับครอบครัว ซึ่งเป็นคดีที่มีปัญหาละเอียดอ่อนเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กับคดีเด็กและเยาวชน ได้รับการพิจารณาในศาลที่มีวิธีพิจารณาเป็นพิเศษต่างหากจาก คดีธรรมดาโดยการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวขึ้นแทนศาลคดีเด็กและเยาวชนเพื่อปรับปรุงคุณภาพและเสริมสร้างค่านิยมทางจริยธรรมและความรับผิดชอบต่อสังคมของเด็กและเยาวชน ตลอดจนลดปัญหาความแตกแยกของครอบครัวและปัญหาเด็กและเยาวชนที่เกิดจากครอบครัวไม่ปกติสุขจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

(3) ยุคก่อนปัจจุบัน จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีหลักการที่จะแยกอำนาจอธิปไตยทั้งสามให้เป็นอิสระจากกัน จำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว แม้จะได้มีการแก้ไขเมื่อปี 2543 แล้วก็ตาม ยังคงมีบางประเด็นที่ยังหลงเหลืออยู่ โดยเฉพาะประเด็นเรื่องการควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชน จะต้องเป็นการควบคุมโดยคำสั่งศาลเท่านั้น และยังมีอีกหลายประเด็นซึ่งแต่ละฝ่ายก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ จึงเกิดมีการจัดทำร่างกฎหมายขึ้นหลายฉบับ⁶⁰ อีกทั้งยังมีการบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 วัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็คือต้องการให้มีการปฏิบัติต่อเด็กที่เหมาะสมเพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสมอันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบัน

⁶⁰ วรรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล วิมล ศรีจันทร์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 57*, น. 68.

ครอบครัว หลักการของการปฏิบัติต่อเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 22 วรรคหนึ่ง จึงบัญญัติไว้ว่า การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นสำคัญ และไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ส่วนปัญหาว่าการกระทำใดเป็นไป เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ มาตรา 22 วรรคสอง บัญญัติว่าให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งขณะนี้ยังไม่มี กฎกระทรวงประกาศออกมา คงยังต้องรออีกซักระยะหนึ่ง⁶¹

ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่า สังคมมีวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดทางอาญาแตกต่างไปจากอาชญากรโดยทั่ว ๆ ไป ดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นถึงความปรารถนาดีของสังคมในการที่จะให้อภัยต่อความ ผิดพลาดของเด็ก ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะเห็นว่า เด็กยังอ่อนต่อวัยและด้อยประสบการณ์ ความตั้งใจ กระทำการใด ๆ ของเด็กจึงอยู่บนรากฐานของความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และไม่สามารถเล็งเห็นผลของ การกระทำอย่างแท้จริง เด็กที่กระทำความผิดอาญาจึงไม่ควร ถูกปรักปรำว่าเป็นอาชญากรหรืออยู่ อาชญากรตามที่เข้าใจกัน ฉะนั้น การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดกฎหมาย จึงต้องมีวิธีการแตกต่าง ออกไปตามวัยและความรู้สึกผิดชอบของเด็ก นอกจากนี้ในกฎหมายอาญาของไทย ไม่มีบทบัญญัติ ใด ๆ ที่บัญญัติให้ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็น “เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้” อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ของไทย กล่าวว่า มีหลักอยู่ประการหนึ่ง ที่ยอมรับกันทั่วไปในทางกฎหมาย รวมทั้งในทางกฎหมายอาญาด้วย คือ หลักที่ว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด” ดังนั้น ใน ตำรากฎหมายอาญาของไทยเราจึงยอมรับกันทั่วไปว่า “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็น “เหตุที่ ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้” เหตุหนึ่ง ฉะนั้น ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงลักษณะของความยินยอมของ ผู้เสียหาย ในหัวข้อต่อไป

2.4 หลักความยินยอม

จากสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า ความยินยอมทำให้ไม่เสียหาย (volenti non fit Injuria; to him who is willing, no injury is done) การให้ความยินยอม โดยปกติแล้วไม่มีผลต่อกฎหมาย อาญา เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน การกระทำความผิดย่อมเป็นส่วนได้เสียของส่วนรวม บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ไม่อาจจะให้ความยินยอมได้ แต่ความยินยอมมีผลต่อการกระทำความผิด บางอย่างทั้งในการที่จะทำให้อำนาจรับโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 303 318 หรือความยินยอมอาจเป็น ผลดีทำให้ไม่มีความผิดได้ เช่น มาตรา 276 278 หรือมาตรา 283 284 ความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 309 313 (2) 320 ตลอดจนความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้น นอกจากนี้ความยินยอมยังมีผล

⁶¹ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น. 126.

เกี่ยวกับความผิดประเภทที่ยอมความได้ เช่น มาตรา 272 หรือความผิดตามความในมาตรา 348 351 356 361 และ 366 เป็นต้น ซึ่งความยินยอมชนิดนี้แม้เป็นเรื่องการยอมซึ่งเกิดขึ้นในภายหลัง การกระทำความผิดก็ดี แต่ผลของการยอมความก็ทำให้ความผิดนั้นยุติเช่นกัน⁶²

2.4.1 หลักยินยอมยกเว้นความผิด

ในกฎหมายอาญาของไทยเราไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ที่บัญญัติให้ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” อย่างไรก็ตามนักนิติศาสตร์ของไทยกล่าวว่า มีหลักอยู่ประการหนึ่งที่ยอมรับกันทั่วไปในทางกฎหมายรวมทั้งในทางกฎหมายอาญาคือหลักที่ว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด” (volenti non fit iniuria) ดังนั้น ในตำรากฎหมายอาญาของไทย จึงยอมรับกันทั่วไปว่า “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เหตุหนึ่ง ๆ ฉะนั้นเพื่อความสมบูรณ์ในทางตำราจึงจะกล่าวถึงความยินยอมของผู้เสียหายไว้ด้วย

ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหายดังกล่าวมาแล้วว่า คุณธรรมทางกฎหมายมี 2 ประเภท คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) การสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น สำหรับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม บุคคลไม่มีอำนาจที่จะสละได้ เพราะบุคคลไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้

การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไปภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมหรือเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ คือ

- (1) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และ
- (2) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ

ของความผิด

ความยินยอมทั้งสองอย่างนี้มีผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็น

⁶² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 169.

องค์ประกอบของความผิดปรากฏอยู่ด้วย การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” คือ การที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองในทางกฎหมาย โดยการสละคุณธรรมทางกฎหมายโดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าจะเกิดผลอย่างไรแก่ตน ในกรณีนั้น ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ” มิใช่เกี่ยวข้องกับ “ตัวการกระทำ”⁶³

องค์ประกอบของความยินยอมของผู้เสียหาย⁶⁴ ความยินยอมของผู้เสียหายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ ทำนองเดียวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้อื่น ๆ คือ

(1) สถานการณ์ของความยินยอม สถานการณ์ที่จะถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำได้จะต้องเป็นสถานการณ์ที่ประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการที่ประกอบเข้าด้วยกัน คือ เงื่อนไขในทางเนื้อหา (Sachliche Voraussetzung) และเงื่อนไขในทางส่วนตัว (personliche Voraussetzung)

(1.1) เงื่อนไขในทางเนื้อหา เงื่อนไขในทางเนื้อหาของสถานการณ์ของความยินยอมประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- (1) กรณีต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลสามารถสละได้
- (2) กรณีต้องไม่มีข้อบกพร่องในการให้ความยินยอม และ
- (3) กรณีต้องเป็นเรื่องของความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำ

“คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) โดยทั่วไปเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เสียหายสามารถที่จะสละได้ เป็นต้นว่า เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน

“ความปลอดภัยของร่างกาย” แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ก็มีข้อจำกัดในการสละ กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าความยินยอมของผู้เสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของร่างกายที่จะเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้น จะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนสำหรับ “ชีวิตมนุษย์” นั่นถือว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าสูงสุดสำหรับมนุษย์ แม้ในทางคุณธรรมทางกฎหมาย สาระสำคัญของชีวิตมนุษย์จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ก็ยึดถือกันทั่วไปว่า ชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ไม่สามารถสละได้ ดังนั้นไม่ว่ากรณีใด ๆ ความรับผิดชอบในทางอาญาไม่อาจตกไป เพราะความยินยอม

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใด ๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ฉะนั้น ความยินยอม

⁶³ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39, น. 272 – 273.

⁶⁴ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39, น. 273 – 276.

ของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับ บุกเข้า หรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ

ในบางสถานการณ์ที่เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องอธิบายให้ผู้ที่จะให้ความยินยอมนั้นทราบและเข้าใจถึงผลดีผลเสียของการกระทำ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีของความยินยอมที่เรียกว่า “ความยินยอมที่บอกกล่าว” (informed consent) และในกรณีเช่นนี้ ความยินยอมที่บอกกล่าวเท่านั้นที่จะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมาย และที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย กรณีของความยินยอมที่บอกกล่าวนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ กรณีระหว่างนายแพทย์กับผู้ป่วย

ความยินยอมของผู้เสียหายจะต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำ หรือการให้สัตยาบันกับการกระทำไม่ใช่ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เพราะในกรณีของการให้สัตยาบันนั้นถือว่าอำนาจลงโทษของรัฐได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ก่อนหน้านั้นแล้ว ฉะนั้น รัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจลงโทษได้ เป็นต้นว่า โดยการใช้อุปกรณ์ยิงไม่พ้องโดยพนักงานอัยการ หรือโดยการอภัยโทษโดยฝ่ายบริหาร กรณีไม่อยู่ในอำนาจของผู้เสียหายอีกต่อไป

(1.2) เงื่อนไขในทางส่วนตัว เงื่อนไขในทางส่วนตัวที่จะทำให้ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

- (1) อำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย และ
- (2) ความสามารถที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย

โดยทั่วไปผู้ใดเป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายใด ผู้นั้นเท่านั้นที่มีอำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายนั้นได้ อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้เสียหาย ก็อาจมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายแทนผู้เสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และทรัพย์สิน

ในบางสถานการณ์อาจมีบุคคลหลายคนต่างมีอำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายในกรณีเช่นนี้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้

ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า “จำเลยเข้าไปในเรือนของผู้เสียหายกลางคืนเวลา 1 นาฬิกา โดยบุตรของผู้เสียหาย ซึ่งรักใคร่กับจำเลยมาก่อนนัดให้เข้าไปและพาขึ้นเรือนนั้น นับว่าจำเลยเข้าไปโดยมีเหตุอันสมควร แม้ว่าผู้เสียหายและภรรยาไม่อนุญาตก็เป็นไปตามวิสัยของเรื่อง เช่นนี้ที่ต้องปิดบัง ดังนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 ประกอบด้วยมาตรา 365 (2) (3)

กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ผู้เขียนเห็นว่ากรกระทำของจำเลยเป็นการเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันควร แต่กรณีต้องถือว่าบุตรของผู้เสียหายมีสิทธิเข้าบ้านร่วมด้วย บุตรของผู้เสียหายจึงมีอำนาจสถานะคุณธรรมทางกฎหมายได้ด้วยอีกผู้หนึ่ง โดยนัยดังกล่าวนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุก

ความสามารถในการที่จะสถานะคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนี้ แม้จะเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง

ความสามารถในการที่จะสถานะคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของความสามารถในการรู้เรื่องรู้ราวและความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในทางความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมนั้นที่เพียงพอแล้ว แม้ผู้นั้นจะยังเป็นผู้เยาว์ ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้ และทำให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย

(2) การกระทำในกรณีของความยินยอม การกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหาย คือการกระทำที่ตรงกับวัตถุประสงค์ของผู้เสียหายและตรงกับเจตจำนงของผู้เสียหาย กล่าวคือต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำ วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความมากน้อยของการกระทำ และในบางกรณีการต้องพิจารณาเวลา สถานที่ และบุคคลประกอบด้วย ซึ่งการจะถือว่าการกระทำใด การกระทำหนึ่ง เป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

(3) การรู้เรื่องความยินยอม เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ทุกเหตุต้องประกอบด้วยส่วนที่เป็นอัตตวิสัย (subjektiv) รวมอยู่ด้วยเสมอ ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายนี้ก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในขณะที่กระทำจะต้องมีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่แล้ว และผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ถึงการมีอยู่ของความยินยอมของผู้เสียหาย

2.4.2 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้

แนวความคิดในทางกฎหมายอาญาในเรื่อง “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้” (mutmassliche Einwilligung) เป็นแนวความคิดที่ตรงกับแนวความคิดในเรื่อง “จัดการงานนอกสั่ง” ในทางกฎหมายแพ่ง

การกระทำในการ “จัดการงานนอกสั่ง” เป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น การกระทำในกรณีของ “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้” เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย ลักษณะของการกระทำในกรณีทั้งสองในเนื้อหาจึงเป็นทำนองเดียวกัน

เหตุผลของการยอมรับให้เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้” นี้ แม้จะมีได้บัญญัติไว้ในที่ใดในกฎหมายอาญาแต่ในทางคำราก็ยอมรับกันว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำ มีอำนาจกระทำได้เหตุหนึ่ง การที่ในทางคำราก็ยอมรับกันว่า “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้” เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เหตุหนึ่งนั้นก็เพราะว่า ในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง โดยเฉพาะนั้น ความจำเป็นเร่งด่วนที่บุคคลชอบที่จะต้องตัดสินใจกระทำกรณานั้น เพราะหากรอช้า เพื่อที่จะได้รับความยินยอมของผู้เสียหายแล้วกรณีย่อมจะไม่ทันกาล ฉะนั้น กรณีในเหตุการณ์ใด เหตุการณ์หนึ่งที่คับขันนั้นจึงเป็นกรณีที่สันนิษฐานได้ว่า ผู้เสียหายจักต้องยินยอมให้กระทำอย่าง แน่นนอน⁶⁵

องค์ประกอบสามประการของความยินยอมของผู้เสียหายที่จะพึงสันนิษฐานได้คือ

(1) สถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ ประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

(1.1) เป็นสถานการณ์ที่ไม่สามารถที่จะขอรับความยินยอมจากผู้เสียหายได้ และ

(1.2) เป็นสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายจักต้องให้ความยินยอม

การที่จะพิจารณาว่าสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งเป็นสถานการณ์ที่ไม่สามารถที่จะรับความยินยอมจากผู้เสียหายได้หรือไม่ ดูจะไม่มีปัญหา เพราะเป็นการพิจารณาความฉุกเฉิน สถานการณ์ที่สามารถอธิบายได้ กล่าวคือสถานการณ์ที่ไม่สามารถที่จะขอรับความยินยอมจากผู้เสียหายได้เป็นสถานการณ์ที่มีความเป็นภาวะวิสัยอย่างแท้จริง ตามตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่าเป็นกรณีที่ผู้ป่วยสลบอยู่ จึงย่อมจะไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ทั้งการจะติดต่อญาติผู้ป่วยก็ไม่อาจกระทำได้ เพราะไม่ทราบตัวและที่อยู่ของญาติและผู้ป่วยที่มีอาการสาหัสอย่างมากที่จะต้องผ่าตัดช่วยชีวิต

“สถานการณ์ที่ไม่สามารถที่จะขอรับความยินยอมจากผู้เสียหายได้” เป็นเงื่อนไขเบื้องต้น จะต้องพิจารณาก่อน กล่าวคือ ถ้ากรณีเป็นสถานการณ์ที่สามารถขอรับความยินยอมจากผู้เสียหายได้ทัน กรณี ก็ไม่ต้องพิจารณาอีกต่อไปว่า สถานการณ์นั้นเป็นสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายจักต้องให้ความยินยอมหรือไม่ เพราะจะเป็นการฟุ่มเฟือยที่จะกระทำเช่นนั้น

สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งจะเป็นสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายจักต้องให้ความยินยอมหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่ยากมีปัญห การวางกฎเกณฑ์ทั่วไปจึงไม่อาจกระทำได้ แต่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

⁶⁵ คณิต ฒ นคร, *อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 39*, น. 278 - 279.

(2) การกระทำในสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ จะต้องเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความประสงค์ของผู้เสียหายหรือเป็นการกระทำที่ต้องสมประโยชน์และต้องตามความประสงค์ของผู้เสียหายตามที่พึงสันนิษฐานได้ ซึ่งก็ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

(3) ความรู้เรื่องเกี่ยวกับสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ ผู้กระทำต้องรู้ถึงความจำเป็นหรือความฉุกเฉินของสถานการณ์ และรู้ว่าในกรณีนั้น ตนไม่อาจขอความยินยอมได้ และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าในสถานการณ์นั้นผู้เสียหายต้องให้ความยินยอม ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ว่าเป็นการขัดกับความประสงค์อันแท้จริงหรือที่จะพึงสันนิษฐานได้ การกระทำของผู้กระทำย่อมขาดโครงสร้างข้อนี้และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย⁶⁶

ตามที่ผู้เขียน ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อเรื่องการตีความกฎหมายอาญา ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 นั้น อาจแยกฐานความผิดออกได้เป็นสองฐานความผิด โดยแยกออกเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามมาตรา 319 วรรคแรก และความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 วรรคสอง เกี่ยวกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองของความผิดตามมาตรา 319 คือ อำนาจปกครอง โดยคำว่า “อำนาจปกครอง” ในที่นี้ก็คือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรา 319 นั้นเอง แต่เนื่องจากความผิดตามมาตรา 319 มีการพรากไปจากผู้ดูแลด้วย คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรา 319 จึงต้องเรียกว่า “สิทธิที่จะให้การศึกษอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล นั้นเอง ฉะนั้น หากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลยินยอมให้พาไป เช่นนี้คงถือว่าไม่มีการพราก

เมื่อทราบหลักการพื้นฐานในการกำหนดความผิดอาญา การตีความกฎหมายอาญา หลักการดำเนินคดีเด็ก และหลักความยินยอม ต่อ ไปผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่ออกโดยอนุวัติการตามอนุสัญญาที่ประเทศไทยไปลงนามเป็นภาคีสมาชิกคือ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เพราะกฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกรบกวนอาชญากรรม โดยคำนึงว่าเด็กควรจะได้รับสิทธิในการดูแลช่วยเหลือในสภาพแวดล้อมของสังคมและในครอบครัว

2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองอำนาจปกครองและการคุ้มครองเด็ก

สิทธิเด็กนับเป็นส่วนสำคัญตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับอย่างเสมอภาคกัน เพื่อให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างสันติสุข มีศักดิ์ศรีและมีเสรีภาพ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่อง เชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา สถานภาพทาง

⁶⁶ คณิศ ณ นคร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 39*, น. 279 - 280.

กาย หรือสุขภาพ ซึ่งการคุ้มครองเด็กจึงเป็นสิ่งที่นานาประเทศได้ตระหนักและให้ความสำคัญและ
ไม่อาจมองข้ามปัญหาเกี่ยวกับเด็กได้อีกต่อไป

2.5.1 แนวคิดตามข้อตกลงระหว่างประเทศในการคุ้มครองเด็ก

ในปี พ.ศ. 2532 ที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ให้การรับรองอนุสัญญาว่าด้วย
สิทธิเด็ก ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชนของ
องค์การสหประชาชาติ ตามหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ ที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีและคุณค่า
ของมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน โดยคำนึงว่า เด็ก มีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือทั้งใน
สภาพแวดล้อมของครอบครัว และการเลี้ยงดูอื่น ๆ บนพื้นฐานของประเพณีและค่านิยม
ทางวัฒนธรรม ของชาติพันธุ์ และสังคม สำหรับประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วย
สิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 อนุสัญญามีทั้งหมด 54 ข้อ โดยมีหลักการสำคัญ คือ
การไม่เลือกปฏิบัติ และประโยชน์สูงสุดของเด็ก สำหรับเนื้อหาสาระประกอบด้วยสิทธิของเด็ก
4 ด้าน ได้แก่ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา
และสิทธิในการมีส่วนร่วม สหประชาชาติได้ประกาศให้การรับรองพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา
ว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นข้อตกลงเสริมของอนุสัญญา และเปิดโอกาสให้ประเทศทั้งที่เป็นภาคีและ
ไม่เป็นภาคีของอนุสัญญา สามารถลงนามเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับ จำนวน 3 เรื่อง⁶⁷ คือ

(1) พิธีสารเลือกรับ เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก
(Optional Protocol on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography) เพิ่มเติม
อนุสัญญา ข้อ 32 34 และ 35 เพื่อป้องกันการคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจและ
ทางเพศ โดยประเทศไทยเข้าเป็นภาคี เมื่อวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2549 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่
11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549

(2) พิธีสารเลือกรับ เรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ (Optional
Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict) เพิ่มเติมอนุสัญญา ข้อ 38 เพื่อประกันว่า
เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะไม่เข้าร่วมในกองทัพ โดยประเทศไทยเข้าเป็นภาคี เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์
พ.ศ. 2549 และมีผลบังคับใช้ ตั้งแต่วันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2549

(3) พิธีสารเลือกรับ เรื่อง กระบวนการติดต่อสื่อสาร (Optional Protocol on the
a Communications Procedure) เพื่อประกันว่าเด็กจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา
ว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับ รวมถึงการช่วยเหลือเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ โดยไทยเป็น
ประเทศที่ได้ร่วมยกร่างพิธีสารและเป็นประเทศแรกที่เข้าเป็นภาคี เมื่อวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2555

⁶⁷ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าว ได้มีบทคุ้มครองอำนาจการปกครองบิดามารดา รวมทั้งคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในข้อที่ 19 กล่าวคือ รัฐภาคีจะดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคม และการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิด หรือการแสวงประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงรายละเอียดของการใช้อำนาจในหัวข้อต่อไป

2.5.2 แนวคิดการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา

ประวัติความเป็นมาของอำนาจปกครองของบิดามารดาต่อบุตร สมัยโรมัน อำนาจปกครองเป็นอำนาจอย่างแท้จริง และเป็นอำนาจอย่างเด็ดขาดของบิดาผู้เป็นหัวหน้าครอบครัว บิดามีสิทธิในชีวิตและความตายของสมาชิกในครอบครัวตั้งแต่แรกเกิดไปจนวันสิ้นชีวิต บิดามีสิทธิจะขาย ทอดทิ้ง หรือขับไล่บุคคลในครอบครัวออกจากบ้านไปเพื่อลงโทษกรณีที่บุคคลดังกล่าวก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอก บิดาจะครองอำนาจนี้จนตนเองถึงแก่ความตาย⁶⁸

การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดานั้น โดยหลักแล้วบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน แต่อำนาจปกครองอาจอยู่กับบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งก็ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1566 วรรคสอง⁶⁹

เมื่อบุตรอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดาและมารดาแล้ว กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดามีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่บิดามารดามีต่อบุตรซึ่งอยู่ในความปกครองดูแล

⁶⁸ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 367.

⁶⁹ “มาตรา 1566 บัญญัติว่า อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มารดาหรือบิดาตาย
- (2) ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (3) มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) มารดาหรือบิดาต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน
- (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา
- (6) บิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้

ลักษณะของอำนาจปกครองนั้น ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช แบ่งอำนาจปกครองของบิดามารดาเป็น 3 ประเภท คือ⁷⁰

1. อำนาจในทางสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างบิดามารดาและบุตร
2. อำนาจเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมติดต่อกับบุคคลภายนอกแทนบุตรผู้เยาว์
3. อำนาจในทางจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์

อำนาจในความสัมพันธ์ส่วนตัวนั้น กฎหมายได้กำหนดสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองต่อบุตรที่อยู่ในความปกครองดูแลไว้ในมาตรา 1567 บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจการปกครองมีสิทธิ

- (1) กำหนดที่อยู่ของบุตร
- (2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน
- (3) ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป
- (4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

กรณีการกำหนดที่อยู่ของบุตร เนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครองจำเป็นต้องควบคุมดูแลและสั่งสอนบุตร ฉะนั้นบุตรจึงต้องอยู่กับผู้ใช้อำนาจปกครองเพื่อความสะดวกในการอบรมสั่งสอน หากบุตรอยู่ที่อื่น บิดามารดาอาจควบคุมได้ไม่เต็มที่ กฎหมายจึงให้สิทธิบิดามารดาในการกำหนดที่อยู่ของบุตร ซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 45 ซึ่งกำหนดให้ผู้เยาว์มีภูมิลำเนาตามผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งโดยทั่วไป ผู้แทนโดยชอบธรรมก็คือ บิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครองนั่นเอง และการกำหนดที่อยู่ของบุตรนั้นย่อมมีผลไปถึงการควบคุมบุตรในการติดต่อเพื่อนฝูงหรือบุคคลอื่นไปในตัว รวมถึง⁷¹ การควบคุมชีวิตประจำวันบางส่วนของบุตร เป็นการใช้สิทธิที่จะสอดส่องดูแลความประพฤติของบุตร และบุตรมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม ตามปกติ หากบุตรจะออกไปนอกบ้านเป็นกรณีพิเศษ เช่น ไปเที่ยวกลางคืน ไปค้างบ้านเพื่อนหรือไปเที่ยวต่างจังหวัดต้องขออนุญาตจากบิดามารดาเสียก่อน

อำนาจในการกำหนดที่อยู่นั้นย่อมก่อให้เกิดสิทธิในทางระงับยับยั้งมิให้บุตรไป ณ ที่แห่งใด แต่ทั้งนี้จะต้องมิใช่เป็นเรื่องของการกำหนดที่อยู่จนถึงขนาดมีลักษณะเป็นการกักขังบุตร ซึ่งการที่บุคคลอื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนอำนาจปกครองของบิดามารดาในข้อนี้จะต้องรับผิดชอบละเมิดในทางแพ่งและฐานพรากผู้เยาว์ในทางอาญาด้วย⁷²

⁷⁰ เส็นีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก พุทธศักราช 2508, (พระนคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), น. 309 - 311.

⁷¹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 68, น. 370.

⁷² ชาดิชชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น. 542.

กรณีการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนนั้น เนื่องจากการอบรมสั่งสอนบุตรนั้น ในบางกรณีอาจจำเป็นต้องมีการลงโทษเพื่อควบคุมความประพฤติของบุตร ซึ่งการลงโทษนั้นต้องเป็นการลงโทษตามสมควรเท่านั้น โดยสมควรหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากพฤติการณ์เป็นรายกรณีไป แต่บิดามารดาจะใช้วิธีการลงโทษที่ผิดปกติไม่ได้ เช่น เจียนตีจนแผลแตก เป็นต้น และการลงโทษดังกล่าวจะต้องกระทำไปเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนบุตร มิใช่กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่น โดยที่กฎหมายให้สิทธิบิดามารดาในการสั่งสอนบุตรนั้น เป็นการสอดคล้องกับความรับผิดชอบของบิดามารดาในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากบุตรในความปกครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 429⁷³ โดยกฎหมายกำหนดให้บิดามารดาต้องร่วมรับผิดชอบกับบุตรผู้เยาว์ในผลแห่งละเมิดเมื่อตนงดเว้นไม่กระทำการอบรมดูแลบุตร เพราะบิดามารดามีสิทธิในการอบรมดูแลบุตรตามกฎหมาย เมื่อไม่ดูแลอบรมสั่งสอนบุตร บิดามารดาจึงต้องรับผิดชอบร่วมกับบุตรผู้เยาว์

กรณี ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูปนั้น ถือเป็นการอบรมสั่งสอนวิธีหนึ่ง เพื่อให้บุตรสามารถช่วยเหลือตัวเองได้ เป็นการฝึกนิสัยของบุตรให้มีความรับผิดชอบ อาจเป็นการให้ทำงานในลักษณะช่วยทำงานบ้าน เป็นต้น โดยอย่างไรจะเป็นการทำงานตามสมควรนั้น ก็ต้องพิจารณาจากความรู้สึกรับรู้ของคนทั่วไป ซึ่งต้องเป็นไปตามความสามารถและฐานะานุรูป รวมทั้งต้องคำนึงถึงอายุ เพศ สภาพร่างกาย และจิตใจของเด็ก

กรณีการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยบุคคลอื่นหมายถึง บุคคลใดก็ตามซึ่งมิใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตร รวมตลอดถึงบิดานอกสมรสของบุตรด้วย⁷⁴ บุคคลที่ล่อลวงหรือชักพาบุตรไปอาจมีความผิดทางอาญาหลายประการ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ เป็นต้น และเป็นการกระทำละเมิดในทางแพ่ง บิดามารดาจึงมีสิทธิฟ้องบุคคลที่กักบุตรให้ส่งคืนบุตรมาด้วย ซึ่งต้องเป็นการกักไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการกักไว้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นกรณีที่บุตรทำผิดอาญาและอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กนั้น ผู้ใช้อำนาจปกครองจะเรียกบุตรคืนไม่ได้

⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นนี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล ซึ่งทำอยู่นั้น”

⁷⁴ รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาและบุตร, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 130 - 131.

บิดามารดายังมีอำนาจในความสัมพันธ์ส่วนตัวที่สำคัญอีกเรื่อง คือ สิทธิในการให้ความยินยอมในการหมั้นและสมรสของบุตรผู้เยาว์ด้วยตามมาตรา 1436⁷⁵ มาตรา 1454⁷⁶

อำนาจในการเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมของบุตรนั้น กฎหมายได้กำหนดสิทธิการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรไว้ตามมาตรา 1569⁷⁷ กล่าวคือ ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรที่เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม นอกจากจะมีอำนาจให้ความยินยอมในการที่ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมตามมาตรา 21 แล้ว ยังมีอำนาจกระทำการแทนผู้เยาว์ได้ ยกเว้นกิจกรรมบางประเภทซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงจะกระทำได้ตามมาตรา 1574 1575 และมาตรา 1576

อำนาจในการจัดการทรัพย์สินนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดสิทธิในการจัดการทรัพย์สินไว้ตามมาตรา 1571 ให้การใช้อำนาจปกครองนั้นรวมถึงการจัดการทรัพย์สินของบุตรด้วย และในการจัดการดังกล่าวต้องกระทำด้วยความระมัดระวังดังเช่นวิญญูชนพึงกระทำ

หน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรนั้น กฎหมายกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 ว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษิตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เฉพาะทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”

บทบัญญัติข้างต้น หน้าที่ของบิดามารดานั้น อาจแบ่งออกเป็นการอุปการะเลี้ยงดูและการให้การศึกษิตามสมควร

หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูนั้น มีรากฐานจากความคิดในทางศีลธรรมและการต้องช่วยเหลือกันในระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิตและการสมรส⁷⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

⁷⁵ มาตรา 1436 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

(1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิห้ทั้งบิดามารดา

(2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดา หรือบิดาได้

(3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม

(4) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (1) (2) และ (3) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครองการหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆะ”

⁷⁶ มาตรา 1454 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

⁷⁷ มาตรา 1569 บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมของบุตร ในกรณีที่บุตรถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี”

⁷⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 68*, น. 379.

เมื่อเป็นเด็กยังไม่ถึงวัยที่จะช่วยเหลือตนเองได้ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์โดยทั่วไป หมายถึง การจัดหาปัจจัยสี่เพื่อให้บุตรเติบโตใหญ่ รวมทั้งการดูแลทางด้านเงินทอง ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หากบิดามารดาละเลยต่อหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูจนทำให้บุตรตกอยู่ในอันตรายแก่ชีวิตก็อาจมีความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 ได้

หน้าที่ให้การศึกษา นั้น เป็นการให้ในลักษณะอบรมสั่งสอนบุตรให้มีความรู้และสำนึกที่ดีและจำเป็นเพื่ออนาคต เป็นการอบรมสั่งสอนที่ให้ทั้งสาระความรู้ ทักษะ ความพร้อม รวมทั้งศีลธรรมจรรยาเพื่อการประกอบอาชีพเป็นคนดีในสังคมของบุตร⁷⁹ และการให้การศึกษาแก่บุตรผู้เยาว์นั้นให้เป็นตามฐานะและความสามารถของบิดามารดา ซึ่งกฎหมายได้กำหนดการศึกษาภาคบังคับ⁸⁰ ที่บิดามารดาจะต้องให้แก่บุตรไว้ ส่วนการศึกษาในระดับที่สูงกว่านั้นไม่เป็นหน้าที่ตามกฎหมายของบิดามารดา เพราะกฎหมายกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่ให้การศึกษาแก่บุตรตามสมควรเท่านั้น ฉะนั้น หากบิดามารดาไม่อยู่ในฐานะที่จะส่งเสียบุตรให้เรียนในระดับสูงได้ก็จะถือว่าบิดามารดาทำผิดต่อหน้าที่ไม่ได้ การให้การศึกษาแก่บุตรอาจเป็นการให้การศึกษาในด้านวิชาชีพหรืออาชีพตลอดจนในด้านศีลธรรมหรือศาสนาก็ได้⁸¹

การที่บิดามารดาเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ควบคุมและดูแล ช่วยเหลือและอบรมสั่งสอนบุตร และเป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองบุตรทั้งอำนาจในความสัมพันธ์ส่วนตัวและทางทรัพย์สิน ทำให้บิดามารดาต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่บุตรได้ทำลง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 429⁸² เมื่อบิดามารดาไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล จึงสมควรที่จะบิดามารดาต้องรับผิดชอบร่วมกับบุตรในผลแห่งละเมิดนั้น

ความรับผิดชอบตามมาตรา 429 นี้ บิดาต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น

⁷⁹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 68*, น. 376.

⁸⁰ การศึกษาภาคบังคับได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ บิดามารดา หรือผู้ปกครองมีหน้าที่จัดให้บุตรหรือบุคคลซึ่งอยู่ในความดูแลได้รับการศึกษาภาคบังคับตามมาตรา 17 และตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องตลอดจนให้ได้รับการศึกษานอกเหนือจากการศึกษาภาคบังคับ ตามความพร้อมของครอบครัว โดยในส่วนของ มาตรา 17 ให้มีการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี โดยให้เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่ 7 เข้าเรียนในสถานศึกษาขั้นพื้นฐานจนอายุย่างเข้าปีที่ 16 เว้นแต่สอบได้ชั้นปีที่ 9 ของการศึกษาภาคบังคับ หลักเกณฑ์และวิธีการนับอายุให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁸¹ รัชฎา เอกบุตร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 74*, น. 112.

⁸² มาตรา 429 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านั้น ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น”

มีนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองความเห็น⁸³ ความเห็นแรก เห็นว่า บิดาต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 429 แต่อาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 430⁸⁴ ซึ่งความเห็นนี้เป็นความเห็นของนักกฎหมายข้างมากและคำพิพากษาศาลฎีกาก็ถือตามแนวความเห็นนี้ ความเห็นที่สอง เห็นว่า ไม่จำเป็นต้องเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็มีความรับผิดชอบตามมาตรา 429 ได้

ภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบตามมาตรา 429 และมาตรา 430 นั้นแตกต่างกัน คือตามมาตรา 429 กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเอาไว้ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับบิดา มารดา ที่ต้องพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลแล้ว แต่ตามมาตรา 430 กฎหมายไม่ได้กำหนดข้อสันนิษฐานไว้ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับฝ่ายผู้เสียหาย

จากการที่ผู้เขียนได้สรุปอำนาจในการปกครองของบิดามารดาต่อเด็กและเยาวชนดังกล่าวข้างต้นจึงเห็นได้ว่า อำนาจการปกครองบิดามารดา มีรากฐานมาจากความจำเป็นทางธรรมชาติที่บิดามารดาผู้ให้กำเนิดต้องปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ เป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ที่มุ่งให้ความผาสุกและประโยชน์แก่บุตร อำนาจปกครองเหนือตัวบุตรจึงมีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจที่ดียิ่ง

นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ทำให้ประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองเด็กหลายฉบับเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

2.5.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก

ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองแก่สิทธิขั้นพื้นฐานทั่วไป หรือคุ้มครองเด็กในกรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องเหมาะสม ทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญ

2.5.3.1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

“สนธิสัญญา” ตามนัยความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 วรรค 1 วงเล็บ เอ: อ.ว.ก.ศ. ข้อ 2 (1) (เอ) นั้น หมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศ

⁸³ นันท์ชนัน ชูโต, “ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 89 - 90.

⁸⁴ มาตรา 430 บัญญัติไว้ว่า “ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแล บุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่เป็นนิตย์ก็ดี ชั่วคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิด ซึ่งเขาได้กระทำการในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้น ๆ มิได้ใช้ ความระมัดระวังตามสมควร”

ซึ่งได้กระทำขึ้นระหว่างกันเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ว่าจะปรากฏในตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันมากกว่านั้นขึ้นไป และจะมีชื่อเรียกเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม” ส่วน “อนุสัญญา” (Convention) นั้น โดยมากจะทำกันระหว่างหลายประเทศ ที่มาประชุมกันและจัดวางบทบัญญัติเป็นข้อผูกพันขึ้นระหว่างภาคี บางทีก็จัดวางหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961)⁸⁵

คำว่า “สิทธิเด็ก” สิทธิอันเป็นสากล (Universal Rights) และเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) ที่จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หลักการดังกล่าวนี้ มักไม่ได้รับการกล่าวถึงหรือได้รับความสนใจจากสังคมไทยเท่าใดนัก ด้วยบุคคลทั่วไปยังคงมีความเข้าใจผิดคิดว่าเด็กไม่มีสิทธิใด ๆ ในทางกฎหมายทัดเทียมผู้ใหญ่ ทั้งนี้โดยแท้จริงแล้วเด็กมีสิทธิต่าง ๆ มากมาย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กอยู่เสมอ ดังนั้น ผู้เขียนจะนำเสนอสาระสำคัญของอนุสัญญานี้ เพื่อให้ทราบถึงหลักการคุ้มครองเด็กที่มีอย่างมากมายและกว้างขวาง โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญา ด้านสิทธิมนุษยชนแล้วรวมจำนวน 7 ฉบับ⁸⁶ ได้แก่

- (1) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก
- (2) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ
- (3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
- (4) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
- (5) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ
- (6) อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี และ
- (7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ

⁸⁵ จตุพร วงศ์ทองสรรค์ และสมชัย ศิริสมบูรณ์เวช, เอกสารประกอบการบรรยาย กระบวนการจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศชั้นสูง, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น. 1 – 6.

⁸⁶ อภิการ์ตัน นิยมไทย, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก สันติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้,” วารสารจุดนิติ, ฉบับที่ 4, ปีที่ 6, น. 140 (กรกฎาคม – สิงหาคม, 2552).

ความเป็นมาและสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก⁸⁷

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีที่มาจากการคำนึงถึงหลักสำคัญรวม 5 ประการ คือ สิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สำหรับเรื่องสวัสดิภาพ และการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิเด็ก ที่กำหนดไว้ในปฏิญญาเจนีวาในปี พ.ศ. 2466 นั้น เป็นความพยายามครั้งแรกที่จะรวบรวมเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิเด็กไว้ภายใต้เอกสารฉบับเดียวกัน ต่อมาได้รับการทบทวนและเพิ่มเติมในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อปี พ.ศ. 2491 ซึ่งได้กลายมาเป็นพื้นฐานของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กที่สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2502

ความจำเป็นต้องมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิที่กำหนดไว้ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 และกติกาสากลรวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อก่อให้มีการเสริมสร้าง และพิทักษ์สิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง ดังนั้น การพิทักษ์สิทธิเด็กก็จะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แน่นอนเป็นที่ยอมรับโดยทัดเทียมกัน ด้วยภูมิหลังดังกล่าวนี้เอง ประเทศโปแลนด์จึงเสนอให้มีการตั้งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นก่อนปีเด็กสากล (พ.ศ. 2522) ความคิดริเริ่มนี้เป็นโอกาสและแรงผลักดันให้มีการตั้งคำนิยามที่ชัดเจน เกี่ยวกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็ก ตลอดจนนำเอาข้อมูลที่มีอยู่แล้วมาปรับรวมเข้าด้วยกัน และลดช่องโหว่ที่มีอยู่ในข้อความต่าง ๆ แล้วมีการประเมินผลโดยละเอียด เพื่อนำไปบรรจุไว้ในเอกสารระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวที่จะมีผลบังคับใช้ทางกฎหมาย

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติหลังจากที่ประเทศโปแลนด์นำเสนอร่างอนุสัญญาเมื่อปี พ.ศ. 2521 โดยผ่านการพิจารณาของคณะทำงานขององค์การสหประชาชาติและได้รับการรับรองจากประเทศต่าง ๆ ในการประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในปี พ.ศ. 2532 อันเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 10 ของปีเด็กสากล ครบรอบปีที่ 10 ของการเริ่มกระบวนการร่างอนุสัญญาและเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 30 ของการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กอีกด้วย

สาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2532 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 2 กันยายน

⁸⁷ คณะกรรมาธิการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติ, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, จัดทำโดยสำนักงานส่งเสริมและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส คนพิการ และผู้สูงอายุ (สท.) กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, น. 9 – 10.

2533 ประกอบด้วยบทบัญญัติรวม 54 ข้อ โดยมีหลักการและเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กควรได้รับแบ่งออกเป็น 6 หลักการ⁸⁸ คือ

(1) หลักการทั่วไป

คำว่า “เด็ก” ตามอนุสัญญา หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่ จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมาย (ข้อที่ 1) รัฐภาคีจะเคารพ และประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กที่อยู่ในเขตอำนาจ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ สังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ (ข้อที่ 2) ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (ข้อที่ 3) รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสม ทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหาร และด้านอื่น ๆ เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิที่อนุสัญญานี้ให้การยอมรับ (ข้อที่ 4) รัฐภาคีจะเคารพต่อความรับผิดชอบ สิทธิหน้าที่ของ บิดามารดา ในอันที่จะให้แนวทาง การแนะแนวที่เหมาะสมในการใช้สิทธิของเด็ก ตามที่อนุสัญญานี้ให้การรับรอง (ข้อที่ 5) รัฐภาคียอมรับว่าเด็กมีสิทธิติดตัว ที่จะมีชีวิต และประกันอย่างเต็มที่ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก (ข้อที่ 6) รัฐภาคีจะหยุดยั้งการโยกย้ายเด็กและการไม่ส่งเด็กกลับคืนจากต่างประเทศที่มีชอบด้วยกฎหมาย (ข้อที่ 11) รัฐภาคี จะประกันแก่เด็กซึ่งสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นโดยเสรีในทุก ๆ เรื่อง ที่มีผลกระทบต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณาทางตุลาการและทางปกครอง (ข้อที่ 12) เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสดงออก (ข้อที่ 13) รัฐภาคีจะเคารพต่อสิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา (ข้อที่ 14) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพในการสมาคม และเสรีภาพในการชุมนุมอย่างสงบ โดยไม่อาจจำกัดการใช้สิทธิเหล่านี้ นอกเหนือจากข้อจำกัดที่กำหนดขึ้นโดยสอดคล้องกับกฎหมาย และที่จำเป็น สำหรับสังคมประชาธิปไตย (ข้อที่ 15) เด็กจะไม่ถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว บ้าน หนังสือโต้ตอบ และจะไม่ถูกระงับโดยมิชอบต่อเกียรติและชื่อเสียง (ข้อที่ 16) รัฐภาคียอมรับในสิทธิของเด็ก ผู้ซึ่งได้รับการจัด โดยหน่วยงานที่มีอำนาจให้ไปได้รับการดูแล การคุ้มครอง หรือการบำบัดรักษาสุขภาพ ในอันที่จะได้รับการทบทวนการบำบัดรักษาเป็นระยะ ๆ (ข้อที่ 25) รัฐที่มีชนกลุ่มน้อย ทางชาติพันธุ์ ศาสนา ภาษา หรือกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมอาศัยอยู่ เด็กต้องไม่ถูกปฏิเสธสิทธิที่จะปฏิบัติตามวัฒนธรรมที่จะนับถือและปฏิบัติทางศาสนาหรือสิทธิที่จะใช้ภาษาของตน (ข้อที่ 30) รัฐภาคีจะเคารพและประกันให้มีความเคารพต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในกรณีพิพาทกันด้วยอาวุธซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็ก ประกันว่าบุคคลที่มีอายุไม่ถึง 15 ปี จะไม่มีส่วนร่วม โดยตรงในการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน และหลีกเลี่ยงการเกณฑ์

⁸⁸ อวิการัตน์ นิยมไทย, *ฮ้างแล้ว เจริญรทที่ 86*, น. 143.

บุคคลที่มีอายุไม่ถึง 15 ปี เข้าประจำกองทัพ (ข้อที่ 38) ไม่มีส่วนใดในอนุสัญญา⁸⁹ จะมีผลกระทบต่อ บทบัญญัติใด ๆ ซึ่งให้สิทธิของเด็กบังเกิดผลมากกว่าในกฎหมาย ของรัฐภาคี หรือกฎหมายระหว่าง ประเทศที่มีผลใช้บังคับกับรัฐนั้น (ข้อที่ 41)⁸⁹

(2) หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก

รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้าย หรือ การกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้ง หรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิด หรือการแสวง ประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศ (ข้อที่ 19) รัฐภาคี ยอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการ คุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ จากการทำงานที่น่าจะเป็นการเสี่ยงอันตราย ขัดขวางการศึกษา เป็นอันตรายต่อสุขภาพ การพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคม (ข้อที่ 32) รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการใช้โดยผิดกฎหมายซึ่งยาเสพติด รวมทั้งสารที่มีพิษต่อจิต ประสาทอื่น ๆ และป้องกันการใช้เด็กเพื่อการผลิตและการค้าเช่นว่านั้น (ข้อที่ 33) รัฐภาคีจะคุ้มครอง เด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศ ที่มีชอบทุกรูปแบบ (ข้อที่ 34) รัฐภาคี จะดำเนินการเพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็กไม่ว่าด้วยวัตถุประสงค์หรือใน รูปแบบใด (ข้อที่ 35) รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิ ภาพของเด็ก ไม่ว่าในด้านใด (ข้อที่ 36) รัฐภาคีจะส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการ กลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการละเลย การแสวงหาประโยชน์ การกระทำอันมิชอบ การ ทรมาน หรือการลงโทษ การปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือต่ำช้า และการพิพาทกันด้วยอาวุธ (ข้อที่ 39)⁹⁰

(3) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก

รัฐภาคียอมรับในหน้าที่ของสื่อมวลชนและประกันว่าเด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และวัสดุจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ (ข้อที่ 17) รัฐภาคียอมรับในสิทธิของ เด็กที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณสุขที่สูงที่สุด และสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการบำบัดรักษา ความเจ็บป่วย และการฟื้นฟูสุขภาพ (ข้อที่ 24) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับประโยชน์จาก การประกันสังคม รวมถึงการประกันภัยทางสังคม (ข้อที่ 26) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับ การศึกษา (ข้อที่ 28) รัฐภาคีตกลงว่าการศึกษาของเด็กจะมุ่งไปสู่การพัฒนาบุคลิกภาพ และความสามารถในการพัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐาน และหลักการใน กฎบัตรสหประชาชาติ การพัฒนาความเคารพต่อบิคามารดา เอกสิทธิ์ทางวัฒนธรรม ภาษา

⁸⁹ อวิการ์ตัน นิยมไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 86*, น. 143 – 144.

⁹⁰ อวิการ์ตัน นิยมไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 86*, น. 144.

และค่านิยม การเตรียมเด็กให้มีชีวิตที่มีความรับผิดชอบ ที่เสริมด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจกัน
สันติภาพ ความอดกลั้น ความเสมอภาค มิตรภาพ และการพัฒนาความเคารพต่อสิ่งแวดล้อม
(ข้อที่ 29) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะมีการพักและเวลาพักผ่อน การเข้าร่วมกิจกรรม
การละเล่น และการมีส่วนร่วมอย่างเสรีในทางวัฒนธรรมและศิลปะ (ข้อที่ 31)⁹¹

(4) หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง

เด็กจะได้รับการจดทะเบียนหลังการเกิด และมีสิทธิที่จะมีชื่อ สิทธิที่จะได้รับสัญชาติ
สิทธิที่จะรู้จักและได้รับการดูแลเลี้ยงดูจากบิดามารดา (ข้อที่ 7) รัฐภาคีจะเคารพต่อสิทธิของเด็กใน
การรักษาเอกลักษณ์ของตน รวมถึงสัญชาติ ชื่อ และความสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยปราศจากการ
แทรกแซงที่มีขอบด้วยกฎหมาย (ข้อที่ 8) รัฐภาคีประกันว่าเด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัด
กับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจ ซึ่งอาจถูกทบทวนโดยทาง
ศาล (ข้อที่ 9) คำร้องที่จะเดินทางเข้าหรือออกนอกรัฐภาคีเพื่อวัตถุประสงค์ของการกลับไปอยู่
ร่วมกันใหม่เป็นครอบครัว จะได้รับการดำเนินการในลักษณะ ที่เป็นคุณ มีมนุษยธรรม รวดเร็ว และ
เด็กที่บิดามารดาอาศัยอยู่ต่างรัฐกันกับเด็กมีสิทธิที่จะรักษา ความสัมพันธ์ส่วนตัวและการติดต่อ
โดยตรงได้อย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่ในสภาพการณ์พิเศษ (ข้อที่ 10) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กในอัน
ที่จะได้รับมาตรฐานของการดำรงชีวิตที่เพียงพอสำหรับการพัฒนาด้านร่างกาย สมอง จิตใจ
ศีลธรรม และสังคมของเด็ก (ข้อที่ 27)⁹²

(5) หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือการกระทำความผิดอาญา

รัฐภาคีประกันว่าจะไม่มีเด็กได้รับการทรมาน ถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย
ที่ไร้มนุษยธรรม และไม่มีการลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต สำหรับความผิดที่กระทำ
โดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะไม่มีเด็กถูกลิดรอนเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ
โดยพลการ และเด็กที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ จะได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม ด้วยความเคารพ
ในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กจะถูกแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ ตลอดจนมีสิทธิ
ที่จะขอความช่วยเหลือทางกฎหมายด้านความชอบด้วยกฎหมายของการลิดรอนเสรีภาพนั้น
(ข้อที่ 37) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่ถูกกล่าวหาตั้งข้อหา หรือ ถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา
ที่จะได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่า
ของเด็กและประกันว่าจะไม่มีเด็กถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาโดยเหตุ
แห่งการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมายในขณะที่การกระทำ หรืองดเว้น

⁹¹ อวิการัตน์ นิยมไทย, *ฮ้างแล้ว เจริญรรถที่ 86*, น. 144 - 145.

⁹² อวิการัตน์ นิยมไทย, *ฮ้างแล้ว เจริญรรถที่ 86*, น. 145.

การกระทำนั้นเกิดขึ้น และอย่างน้อยที่สุด เด็กจะได้รับหลักประกัน ดังนี้ ได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ได้รับการแจ้งข้อหาทันทีและโดยตรง ได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้า จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือสารภาพผิด หากพิจารณาว่าได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ให้ได้รับการทบทวนโดยหน่วยงานหรือองค์กรตุลาการในระดับสูงขึ้นไป ให้มีความช่วยเหลือของล่ามโดยไม่คิดมูลค่า และในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา ให้เคารพต่อเรื่องส่วนตัวของเด็กอย่างเต็มที่ นอกจากนี้รัฐภาคีจะส่งเสริมให้มีการตรากฎหมาย กำหนดกระบวนการพิจารณา จัดตั้งหน่วยงานและสถาบัน ซึ่งจะใช้เป็นการเฉพาะกับเด็ก และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดอายุขั้นต่ำ ซึ่งเด็กที่มีอายุต่ำกว่านั้นจะถูกถือว่าไม่มีความสามารถที่จะฝ่าฝืนกฎหมายอาญาได้ (ข้อที่ 40)⁹³

(6) หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส

เด็กที่ถูกพรากจากครอบครัวจะได้รับการคุ้มครองและความช่วยเหลือพิเศษที่จัดให้โดยรัฐ (ข้อที่ 20) รัฐภาคีซึ่งยอมรับและ/หรือยอมรับให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมประกันว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด (ข้อที่ 21) รัฐภาคีประกันว่าเด็กที่ร้องขอสถานะเป็นผู้ลี้ภัย หรือที่ได้รับการพิจารณาเป็นผู้ลี้ภัย จะได้รับการคุ้มครองและความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมที่เหมาะสมในการได้รับสิทธิที่มีอยู่ตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญา และในตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ อันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือมนุษยธรรม (ข้อที่ 22) รัฐภาคียอมรับว่าเด็กที่พิการทางร่างกาย หรือจิต ควรมีชีวิตที่สมบูรณ์และปกติสุข ในสถานะที่ประกันในศักดิ์ศรี ส่งเสริม การพึ่งพาตนเอง และเอื้ออำนวยให้เด็กมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในชุมชน (ข้อที่ 23)⁹⁴

จากหลักการทั้ง 6 ประการ ที่ได้กล่าวข้างต้น ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาด้วยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2535 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535 โดยได้ตั้งข้อสงวน จำนวน 3 ข้อ คือ ข้อที่ 7 เรื่อง การจดทะเบียนการเกิดและการให้สัญชาติผู้ลี้ภัย ข้อที่ 22 สถานะของเด็กผู้ลี้ภัย และข้อที่ 29 (ค) เรื่องสิทธิการศึกษาของชนกลุ่มต่าง ๆ ต่อมาในวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2540 ประเทศไทยจึงได้ถอนข้อสงวนข้อที่ 29 (ค) นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็กทั้ง 2 ฉบับ คือ พิธีสารเลือกรับเรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก และพิธีสารเลือกรับเรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งด้วยอาวุธอีกด้วย⁹⁵

⁹³ อภิการ์ตัน นิยมไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 86*, น. 145 - 146.

⁹⁴ อภิการ์ตัน นิยมไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 86*, น. 146.

⁹⁵ อภิการ์ตัน นิยมไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 86*, น. 146.

จากการที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าวผลจากการที่ประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิก ทำให้ประเทศไทยได้ออกกฎหมายอนุวัติการให้ปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวหลายฉบับ โดยผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ที่เน้นการลงโทษบุคคลซึ่งกระทำชำเราโสเภณีเด็กในสถานการค้าประเวณี บุคคลซึ่งหารายได้จากการค้าประเวณีของเด็กและเยาวชน และบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ซึ่งมีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการจัดหาผู้อยู่ในความปกครองไปเพื่อการค้าประเวณีและให้อำนาจศาลที่จะถอนอำนาจการปกครองบิดามารดาที่มีการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่อาจถูกล่อลวงหรือถูกชักพาไปในการค้าประเวณี พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศได้ถูกกำหนดเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงินเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดประโยชน์จากธุรกิจทางเพศและยาเสพติด พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เน้นการคุ้มครองเด็กโดยการมีส่วนร่วมของสถาบันทางสังคมที่อยู่ใกล้ตัวเด็ก แทนที่จะใช้มาตรการทางกฎหมาย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 เน้นแก้ไขความรุนแรงในครอบครัวและคุ้มครองเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว เป็นต้น โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงสาระสำคัญของกฎหมายแต่ละฉบับต่อไป

2.5.3.2 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

โดยในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ เฉพาะที่เกี่ยวกับการกระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่ออนาจาร หรือโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กหรือผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากนั้น ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี และความผิดข้ามนุษย์ ได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงิน ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์มิให้ถูกล่อลวงหรือถูกชักพาไปในการค้าประเวณี และป้องกันมิให้เกิดประโยชน์จากธุรกิจทางเพศ⁹⁶

2.5.3.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

เนื่องจากหลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้พิจารณาเห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2515 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2194 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน สาระสำคัญและรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ และการส่งเสริมความประพฤติเด็กไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบัน สมควรกำหนดขึ้นตอนและปรับปรุงวิธีการปฏิบัติต่อเด็กให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการ

⁹⁶ ดูความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

ที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัว รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรม ตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และสมควรปรับปรุงวิธีการส่งเสริมความร่วมมือในการคุ้มครองเด็กระหว่างหน่วยงานของรัฐ และเอกชนให้เหมาะสมยิ่งขึ้น นอกจากนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ตราขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แผนพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ทั้งนี้ได้คำนึงถึงสภาพสังคมในปัจจุบัน เช่น มีการใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ มีการทารุณกรรมเด็กซึ่งเกิดจากการกระทำของผู้ปกครอง การเลือกปฏิบัติต่อเด็ก การกระทำที่ขัดต่อความเจริญเติบโตของเด็ก ขั้นตอนในการปฏิบัติต่อเด็กขาดมาตรการกลไกในการให้อุปการะ เลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กอย่างทั่วถึงและถูกหลักการสังคมสงเคราะห์ขาดความร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานภาครัฐ และเอกชนในการให้การสงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก การให้การช่วยเหลือไม่ทั่วถึงกับเด็กทั้งระบบอย่างครบวงจร ในเรื่องการควบคุมความประพฤติ และส่งเสริมความประพฤติไม่มีการเชื่อมโยงกัน ระหว่างผู้ปกครองเด็ก และผู้บริหารโรงเรียนที่จะส่งเสริมความประพฤติเด็กนักเรียน มุ่งที่จะลงโทษเด็กนักเรียนที่กระทำผิดระเบียบวินัยของสถานศึกษาเพียงอย่างเดียว⁹⁷

ผลของกฎหมายดังกล่าว รัฐบาล ส่วนราชการ สมาชิกรัฐสภา ตลอดจนองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้อง จึงเห็นพ้องต้องกันว่า เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัว รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรม ตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และสมควรปรับปรุงวิธีการส่งเสริมความร่วมมือในการคุ้มครองเด็กระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กนี้ขึ้น และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งมีผลบังคับแล้ว เมื่อวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2547 สำหรับความเป็นมาของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 สรุปได้ดังนี้

1. ระหว่างปี พ.ศ. 2537 - 2540 กรมประชาสงเคราะห์ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ขณะนั้น ได้พิจารณาและเสนอร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน พ.ศ. ต่อคณะรัฐมนตรี โดยยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2494 ขณะที่กรมพลศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ ได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมความประพฤตินักเรียน และนักศึกษา

⁹⁷ ดูเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พ.ศ. และองค์กรเอกชนด้านเด็กซึ่งมีสภาพองค์การพัฒนาเด็กและเยาวชน โดยนายวิชา มหาคุณ ประธานคณะกรรมการอำนวยการ ได้จัดทำร่างกฎหมายในลักษณะเดียวกันนั้นด้วย

2. เดือนเมษายน พ.ศ. 2541 คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะทำงานปรับปรุงร่างกฎหมายเกี่ยวกับการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน โดยมีนายจรูญ ภักดีชนากุล เป็นประธานคณะทำงาน โดยได้พิจารณาจากร่างกฎหมายขององค์กรภาคเอกชนและหน่วยงานของรัฐ จำนวน 4 ฉบับ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน พ.ศ. ของกรมประชาสงเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการสงเคราะห์และคุ้มครองเด็กและเยาวชน พ.ศ. ขององค์กรภาคเอกชนร่างพระราชบัญญัติการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน พ.ศ. ของพรรคชาติไทย และร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมความประพฤตินักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. ของกระทรวงศึกษาธิการ ผลการพิจารณาของคณะทำงาน ได้เปลี่ยนชื่อเป็นร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ....

3. เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2541 คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ (กยช.) เห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. (ยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 และยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294) โดยให้สำนักนายกรัฐมนตรีเสนอร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา

4. เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม พ.ศ. 2542 สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เสนอร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา และขอความเห็นจากส่วนราชการต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ผลปรากฏว่า กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม กระทรวงศึกษาธิการ สำนักงานอัยการสูงสุด เห็นชอบในหลักการ เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. ได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ ในการคุ้มครองเด็กเยาวชน และบุคคลในครอบครัวอย่างเป็นระบบ ส่งเสริมความเสมอภาคของชายหญิง รวมทั้งความเป็นปึกแผ่นของครอบครัวและชุมชน ส่วนกระทรวงการคลัง กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน และสำนักงบประมาณ พิจารณาแล้วเห็นชอบในหลักการ โดยสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน และสำนักงบประมาณ ยังไม่เห็นด้วยกับการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็กแห่งชาติ ขึ้นในกรมประชาสงเคราะห์ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เนื่องจากเป็นการจัดตั้งส่วนราชการขึ้นใหม่ นอกจากนี้สำนักงานงบประมาณและกระทรวงการคลังยังมีความเห็นสอดคล้อง

กันว่า การจัดตั้งกองทุนสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก น่าจะยังไม่มี ความจำเป็นในขณะนี้ สำหรับกระทรวงยุติธรรม เห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่าง ๆ ของร่างพระราชบัญญัติบางประการ กระทรวงมหาดไทยเห็นด้วยกับหลักการของ ร่างพระราชบัญญัติ แต่ให้ข้อสังเกตว่า คณะกรรมการสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริม ความประพฤติเด็ก ควรจะมีคณะกรรมการระดับอำเภอด้วย

โดยที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นเรื่องที่มีความเห็นแย้งระหว่างส่วนราชการ ที่ เสนอเรื่องและส่วนราชการที่เสนอความเห็น สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี จึงขอให้ส่วน ราชการร่วมกันพิจารณาเพื่อให้ได้ข้อยุติ ต่อมาคณะทำงานปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการสงเคราะห์ และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน ได้ประชุมร่วมกับส่วนราชการที่เสนอความเห็นเพื่อหา ข้อสรุป ซึ่งที่ประชุมมีมติในส่วนที่เกี่ยวกับความเห็นแย้ง ดังนี้

(1) ให้ตัดเรื่องการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและ ส่งเสริมความประพฤติเด็กแห่งชาติ ออกทั้งมาตรา

(2) ให้แก้ไขข้อความเกี่ยวกับกองทุนประกอบด้วย เงินทุนประเดิมจากรัฐบาลเงินที่ครบ จากการบริหาร หรือเงินอุดหนุนอื่น ๆ และดอกผลหรือผลประโยชน์ของกองทุน

(3) ให้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 44 วรรคสอง เป็น “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 29 หรือ มาตรา 66 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

(4) ในมาตรา 11 ให้ตัดข้อความ “และให้นำวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวมาใช้ ในศาลจังหวัดโดยอนุโลม” ออก

5. เดือนมีนาคม พ.ศ. 2553 สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแจ้งว่าคณะรัฐมนตรีได้ ประชุมเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2553 ลงมติว่า

(1) อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความ ประพฤติเด็ก พ.ศ. ตามที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ปรับปรุงแก้ไขตามมติที่ประชุม ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องแล้ว และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาโดยด่วน โดยให้รับข้อสังเกตของคณะรัฐมนตรี ซึ่งเห็นว่าร่างในมาตรา 10 กรรมการซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง จากผู้เชี่ยวชาญสาขาวิชาชีพต่าง ๆ ควรเพิ่มสาขาวิชาชีพครู เป็นกรรมการ ในคณะกรรมการ สงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็กแห่งชาติด้วย แล้วส่งให้คณะกรรมการ ประสานงานสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อนเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา

(2) โดยที่การสงเคราะห์คุ้มครองและพัฒนาเด็ก เป็นเรื่องสำคัญและจำเป็นควรดำเนินการ เป็นแผนระยะยาวและต่อเนื่อง จึงให้สำนักงบประมาณจัดสรรงบประมาณเป็นเงินทุนประเดิมจาก

รัฐบาลให้แก่งกองทุนสงเคราะห์กำพร้าและส่งเสริมความประพฤติเด็กตามความเหมาะสมด้วย

6. เดือนเมษายน พ.ศ. 2545 คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ได้ตรวจร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์กำพร้าและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. เสร็จเรียบร้อยแล้ว โดยเปลี่ยนชื่อเป็นพระราชบัญญัติกำพร้าเด็ก พ.ศ. และให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ยืนยันเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเห็นชอบตามร่างที่คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา

7. เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัติกำพร้าเด็ก พ.ศ....และให้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ต่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไป

8. เมื่อวันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2546 สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติกำพร้าเด็ก พ.ศ. เสนอวุฒิสภาพิจารณา

9. เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2546 วุฒิสภาได้ลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติกำพร้าเด็ก พ.ศ. โดยมีการแก้ไขเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการ และตัดบางมาตราในเรื่องการส่งเสริมความประพฤติเด็ก

10. เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม พ.ศ. 2546 ร่างพระราชบัญญัติกำพร้าเด็ก พ.ศ. ... ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้มีมติเห็นชอบตามที่วุฒิสภาแก้ไข และดำเนินการประกาศให้มีผลบังคับใช้ต่อไปตามมาตรา 175 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

11. เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติกำพร้าเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 95 ก เล่ม 120 ลงวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2546 และมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนด 150 วัน นับแต่วันประกาศ คือมีผลบังคับใช้วันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2547

เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักในการตราพระราชบัญญัติกำพร้าเด็ก พ.ศ. 2546 เพื่อปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2515 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ในเรื่องรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสงเคราะห์การกำพร้าและส่งเสริมความประพฤติเด็ก ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบัน กำหนดขั้นตอนและปรับปรุงวิธีการปฏิบัติต่อเด็กให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูอบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัว รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรมตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและสมควรปรับปรุงวิธีการส่งเสริมความร่วมมือ ในการกำพร้าเด็กระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนให้เหมาะสมยิ่งขึ้น สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ดังนั้น แนวคิดในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 จึงประกอบด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และปัญหาอุปสรรคในการดำเนินงานตามประกาศคณะปฏิวัติ จำนวน 2 ฉบับ ดังกล่าวข้างต้น⁹⁸

2.5.3.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

การแก้ไขการใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีความละเอียดอ่อนซับซ้อนเกี่ยวพันกับ บุคคลใกล้ชิด มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคล โดยทั่วไป การใช้ มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาบังคับกับการกระทำด้วยความรุนแรง ในครอบครัวจึงไม่เหมาะสม เนื่องจากกฎหมายอาญา มีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด มากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหรือปกป้องคุ้มครองผู้ที่ถูกระทำด้วยความรุนแรง ในครอบครัว ดังนั้น การมีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว จึงมีความ เหมาะสมกว่าการใช้กระบวนการทางอาญา เพราะสามารถกำหนดรูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนที่มี ลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป โดยให้ผู้กระทำความผิด มีโอกาสกลับตัวและ ยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ ประกอบกับเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการ ปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม⁹⁹

2.5.3.5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560¹⁰⁰ มีบทบัญญัติให้การคุ้มครอง สิทธิของบุคคล รวมทั้งสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอยู่หลายเรื่อง เช่น บททั่วไป ด้านศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันในมาตรา 4 ด้านความเสมอภาค ด้านเสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่เพื่อสวัสดิภาพเด็ก ตามมาตรา 38 ด้านการศึกษา และมาตรา 258 ด้านคุ้มครองจากการใช้ความรุนแรงกับสตรีและเด็ก และด้านเสริมสร้างครอบครัวเข้มแข็งตามมาตรา 71 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเด็ก มาตรา 128 รวมถึงด้านการจัดสรรงบประมาณที่ให้คำนึงถึงความจำเป็น และความต้องการ ที่แตกต่างกันของเพศ วัย และสภาพของบุคคลตามมาตรา 71 วรรค 4 อีกทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก

⁹⁸ กองนิติการ กระทรวงการพัฒนาสังคม และความมั่นคงของมนุษย์, คำอธิบาย พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 3 – 7.

⁹⁹ ดูเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

¹⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

พ.ศ. 2546 ที่ให้การคุ้มครองสิทธิเด็กไว้อย่างชัดเจน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ล้วนมีมาตรการปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดก็ตาม ต้องคำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญ และไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จะต้องให้ความสำคัญกับเด็กทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ประเทศไทยจึงเชื่อได้ว่าเป็นประเทศที่ปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รวมทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเด็กตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ตามลำดับ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีกฎหมายแรงงานที่มีข้อกำหนดห้ามใช้แรงงานเด็ก ประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดบทลงโทษหนักแก่ผู้ทะเลเมิดสิทธิเด็ก ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียน นักศึกษา กำหนดไม่ให้ลงโทษนักเรียนด้วยการเขียนดีซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิเด็ก เป็นต้น¹⁰¹

เมื่อทราบถึงหลักความยินยอมของผู้เสียหายที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย แนวคิดการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้ว ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศ หลังจากที่ประเทศไทยได้ไปลงนามเป็นภาคีสมาชิกแล้ว ประเทศไทยได้ออกกฎหมายคุ้มครองเด็กหลายฉบับ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อน ในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจะกล่าวถึงความผิดฐานพรากผู้เยาว์และความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งเกี่ยวข้องกับหัวข้อวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนต่อไป

2.6 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

กฎหมายอาญา ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดว่าการกระทำเช่นใดเป็นความผิดและมีการกำหนดโทษไว้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม เพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ อีกทั้งเพื่อป้องกัน ปราบปรามการกระทำผิด มิให้เกิดขึ้นในสังคมที่อยู่ร่วมกัน เพื่อความผาสุกของมนุษย์ที่อยู่ร่วมในสังคมเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ความผิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ ในหัวข้อต่อไป

2.6.1 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายไทย

การกระทำชำเราแก่เด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ การกระทำก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก มาตรา 277 วรรคแรก บัญญัติไว้โดยเฉพาะในกรณีกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ก็ปรับบทความผิดตามมาตรา 277 เท่านั้น โดยไม่ต้องพิจารณาความผิดตามมาตรา 276 ด้วยอีก อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ต้องปรับกับมาตรา 276

¹⁰¹ สำนักวิชาการ สำนักสภาผู้แทนราษฎร, บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เกี่ยวกับสิทธิเด็ก, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, ม.ป.ป), น.14.

เช่น ชายข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุ 15 ปีเศษ แต่เข้าใจว่าอายุ 18 ปี โดยเด็กหญิงไม่ยินยอม ฎีกาที่ 7233/2549 วินิจฉัยว่า ชายไม่ผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก ขาดองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก แต่ผิดมาตรา 276 ข้อสังเกต เพราะตามมาตรา 276 ผู้ถูกกระทำอายุเท่าไรก็ได้ แม้เด็กหญิงนั้นยินยอม การกระทำของชายก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก แต่ชายอาจได้รับยกเว้นโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคห้า และวรรคหก หญิงที่ยินยอมให้ชายกระทำชำเราไม่ถือว่าเป็น “ตัวการ” หรือ “ผู้สนับสนุน” ในความผิดของชาย ตามมาตรา 277 วรรคแรก เพราะความผิดตามมาตรา 276 บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กหญิงนั่นเอง แม้เด็กหญิงจะเป็นผู้ที่ “ก่อ” ให้ชายกระทำความผิดอันเป็นการใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 เด็กหญิงนั้นก็อาจเป็น “ผู้ใช้” ตามมาตรา 84 ในการกระทำความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก ของชาย ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกัน คือ ความผิดมาตรา 276 บัญญัติขึ้นเพื่อ “คุ้มครอง” เด็กหญิงนั่นเอง จึงจะถือว่า เด็กหญิงนั้นเป็น “ตัวการ” “ผู้ใช้” หรือ “ผู้สนับสนุน” ในความผิดของชายที่กระทำต่อเด็กหญิงนั้นไม่ได้¹⁰²

ข้อสังเกต การ “โทรมเด็กหญิง” ตามวรรคสี่นั้น ต้องเป็นกรณีที่เด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หากยินยอมก็ไม่เป็นการโทรมเด็กหญิง หากยินยอม ชายก็ไม่ผิดวรรคสี่ แต่ผิดวรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 83 ตัวอย่าง ชายสองคนร่วมผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงยินยอม ชายสองคนไม่ผิดฐานเป็นตัวการร่วมกัน โทรมเด็กหญิงตามมาตรา 277 วรรคสี่ ข้อสังเกต แต่การกระทำเป็นความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83¹⁰³

“การโทรมเด็กหญิง” มีความหมายอย่างเดียวกับการ “โทรมหญิง” ตามมาตรา 276 วรรคสอง ฎีกาที่ 3051/2525 วินิจฉัยว่า ชายคนแรกข่มขืนเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี เมื่อกระทำชำเราเสร็จแล้ว ได้ข่มขู่มิให้เด็กหญิงนั้นลุกขึ้นและออกจากห้องไป ชายคนที่สองก็เข้ามากระทำชำเรา แสดงว่าคบคิดกันมาก่อน เป็นการร่วมกันกระทำความผิด แม้อวัยวะเพศของชายคนที่สองมิได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของเด็กหญิงก็ไม่ใช่ข้อสำคัญ ชายทั้งสองเป็นตัวการร่วมกันโทรมเด็กหญิงตามมาตรา 277 วรรคสี่ ข้อสังเกต ชายคนที่สองได้กระทำการถึงขั้น “พยายามกระทำชำเรา” แล้ว คำพิพากษาฎีกานี้จึงสอดคล้องกับฎีกาประชุมใหญ่ที่ 3007/2532 ที่วินิจฉัยว่า แม้การกระทำของชายคนที่สองจะอยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ชายทั้งสองคนก็เป็นตัวการร่วมกันโทรมหญิงได้กระทำ “โดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ” (วรรคสาม) ข้อสังเกต หากอาวุธนั้นคือ “ปืน” เพียงแต่ “มี” อาวุธปืนในขณะที่กระทำความผิด แม้ไม่ได้ “ใช้” ก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 วรรคสามแล้ว อย่างไรก็ตาม หากเป็นอาวุธอย่างอื่น เช่น มีดสปริง จะต้อง “ใช้” ด้วย จึงจะผิด

¹⁰² เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิดเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), น. 426.

¹⁰³ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *เพิ่งอ้าง*, น. 426.

วรรคสาม เพียงแต่นำอาวุธมีดสปริงออกมาแต่ไม่ได้จางออกในลักษณะที่ใช้แทงได้ และไม่ได้ใช้มีดสปริง ในการบังคับเด็กให้ยอมจำนน ฎีกาที่ 2427/2534 วินิจฉัยว่า ถือไม่ได้ ว่ากระทำชำเรา โดยใช้อาวุธ จึงผิดเพียงมาตรา 277 วรรคแรก¹⁰⁴

ฎีกาที่ 7787/2551 จำเลยนำอาวุธมีดที่ติดตัวออกมาวางบริเวณเสื้อที่จัดเตรียมไว้ จากนั้นจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ โดยผู้เสียหายมิได้ยืนยันว่าจำเลยใช้อาวุธมีดขู่เจ็บบังคับให้ผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำชำเรา และผู้เสียหายเบิกความว่า เมื่อจำเลยสำเร็จความใคร่แล้วจำเลยนำอาวุธมีดมาถือไว้ และข่มขู่ผู้เสียหายมิให้บอกแก่ผู้อื่นว่าถูกจำเลยกระทำชำเรา ซึ่งเป็นการใช้อาวุธมีดหลังจากที่จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก

เหตุยกเว้นโทษตามวรรคห้า มิได้เฉพาะการกระทำความผิดตามวรรคแรก เด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแล้ว แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี และเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี นอกจากนั้นเด็กหญิงนั้นต้องยินยอมด้วย และยกเว้นโทษเฉพาะความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 วรรคแรกเท่านั้น¹⁰⁵ (ฎีกาที่ 2429/2541) ดังนั้น จึงไม่อาจได้รับการยกเว้นโทษในความผิดฐานอื่นๆ เช่น พรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา 319 ด้วย ฎีกาที่ 267/2544 วินิจฉัยว่า ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ไม่มีบทบัญญัติยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดดังเช่นบทบัญญัติในเรื่องการกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคห้า

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กหรือเยาวชน ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวในประเทศไทย ใช้ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ไม่ต้องรับโทษ เนื่องจากอายุหรือลักษณะคดีหรือเหตุอื่นใด ถูกบัญญัติในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และ

¹⁰⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 102*, น. 427.

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคห้า บัญญัติว่า ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและ เด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย

วรรคหก บัญญัติว่า ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคห้าด้วย

วิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เมื่อศาลพิจารณารายงานสืบเสาะข้อเท็จจริงของเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว โดยพิจารณาจากอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ความสัมพันธ์ของครอบครัว นิสัย และพฤติการณ์ประกอบต่าง ๆ แล้ว หากศาลเห็นควรว่าเด็กไม่มีความผิดหรือไม่ควรต้องได้รับโทษ แต่เด็กมีพฤติกรรมที่ต่อไปในทางที่จะกระทำผิดได้ง่ายหรืออยู่ในสภาพแวดล้อมที่อาจทำให้กระทำผิดหรืออาจเกิดการกระทำความผิดซ้ำ ศาลอาจว่ากล่าวตักเตือนเด็กและปล่อยตัว หรือปล่อยตัวเด็กโดยกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนดังนี้

(1) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปในสถานที่หรือท้องที่ใดอันอาจชักนำให้เด็กหรือเยาวชนนั้นกระทำความผิด

(2) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนออกนอกสถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน เว้นแต่จะมีเหตุจำเป็นหรือได้รับอนุญาตจากบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย

(3) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนคบหาสมาคมกับบุคคลที่อาจชักนำไปสู่การกระทำความผิด

(4) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนประพฤติตนอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิด

(5) ให้เด็กหรือเยาวชนไปรายงานตัวต่อศาล พนักงานคุมประพฤติ หรือนักสังคมสงเคราะห์เป็นครั้งคราว

(6) ให้เด็กหรือเยาวชนไปศึกษา เข้ารับการฝึกอบรม รับคำปรึกษาแนะนำ รับการรักษาแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ประกอบสัมมาชีพ หรือให้เด็กหรือเยาวชนเข้ารับการอบรมศีลธรรม จริยธรรม และหน้าที่พลเมือง

(7) ให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย หรือบุคคลหรือองค์การที่รับเลี้ยงดูแลเด็กหรือเยาวชนนั้น กระทำหรือห้ามมิให้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับการอบรมเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนตามที่ศาลกำหนด

(8) กำหนดเงื่อนไขอื่นใดเพื่อพัฒนาและส่งเสริมความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน ระยะเวลาที่จะให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น มีกำหนดไม่เกิน 1 ปี และเด็กหรือเยาวชนต้องมีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์ ทั้งนี้ หากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ของเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติเด็กหรือเยาวชนได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนเงื่อนไขทั้งหมดหรือบางส่วน หรือจะกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติมก็ได้ โดยผู้รับผิดชอบในการควบคุมและดูแล ได้แก่ พนักงานคุมประพฤติ นักสังคมสงเคราะห์ หรือผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่มีหน้าที่สอดส่องและทำรายงานเสนอต่อศาล ซึ่งในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด ศาลมีอำนาจเรียกเด็กหรือเยาวชน รวมถึงบิดา มารดา ผู้ปกครอง ซึ่งเด็กหรือเยาวชน

อาศัยอยู่ หรือองค์การที่รับเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนมาดักเตือน แต่ถ้าเด็กหรือเยาวชนไม่เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมเสี่ยง ดังกล่าว ศาลมีอำนาจส่งตัวเด็กหรือเยาวชนนั้น ไปแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในสถานที่ตามที่ศาลเห็นสมควร เป็นเวลาไม่เกิน 1 ปีก็ได้ แต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์

ดังนั้น เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์ โดยความยินยอมและภายหลังที่ศาลได้มีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนนั้นแล้ว หากปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งกฎหมายอาญากำหนดให้เด็กไม่ต้องรับโทษ หากศาลเห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติต่อเด็ก ใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็ก ให้เหมาะสมกับตัวเด็ก จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้ แต่หากปรากฏว่าเยาวชนผู้กระทำผิดอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี หากศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่ต้องพิพากษาลงโทษมากกว่าที่จะปล่อยตัวเยาวชน เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเยาวชน โดยใช้วิธีตัดอิสระภาพ ศาลอาจพิพากษาลงโทษเด็กและนำวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนใช้แทนการลงโทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ ดังนี้

(1) เปลี่ยนโทษจำคุกหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นการส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปควบคุมเพื่อฝึกอบรมในสถานศึกษา สถานฝึกอบรม หรือสถานแนะนำทางจิต ตามเวลาที่ศาลกำหนด แต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์

(2) เปลี่ยนโทษปรับเป็นการคุมความประพฤติ โดยจะกำหนดเงื่อนไขข้อเดียว หรือหลายข้อก็ได้ ในกรณีที่ศาลได้พิจารณาความหนักเบาแห่งข้อหาและพฤติการณ์แห่งคดีแล้วเห็นว่าควรจะควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนตามข้อ (1) ต่อไปอีก หลังจากที่เด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุครบ 20 ปี บริบูรณ์แล้ว ให้ศาลระบุในคำพิพากษาให้ส่งตัวไปจำคุกไว้ในเรือนจำตามเวลาที่ศาลกำหนด

2.6.2 ความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 และมาตรา 319

จุดกำเนิดของแนวคิดทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ในประเทศไทยมีวิวัฒนาการมาจากประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ. 1244¹⁰⁶ ซึ่งเกิดในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายใน ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2440) ซึ่งเริ่มต้นปฏิรูปด้วยการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายอาญา ฉบับแรกของไทย โดยประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275¹⁰⁷ ว่า

¹⁰⁶ ตรงกับ พ.ศ. 2425

¹⁰⁷ บรรณานุกรมพิเศษ, พระ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), น. 157 – 159.

มาตรา 273 “ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุตั้งแต่สิบขวบไปเสียจากบิดามารดาหรือจากผู้ที่มิ
อำนาจคุ้มครองเด็คนั้น โดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็คนั้นก็ดี แต่ผู้ใดรู้อยู่แล้วว่าเด็กคนใด
ถูกคนพาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อหรือขายเด็คนั้น หรือรับเอาเด็คนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตก็ดี
ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดอย่างใดใดเช่นว่ามาในมาตรานี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไป
จนถึงเจ็ดปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ความผิดตามมาตรา 273 นี้ต้องมีเจตนาทุจริตจึงจะมีความผิด เช่น ถ้าผู้กระทำความผิดไป
เพราะเห็นเด็กถูกกดขี่ข่มเหงไม่ผิดตามมาตรา 273 นี้ และกฎหมายไม่ถือความสมัครใจของเด็ก
เป็นสาระสำคัญ¹⁰⁸

มาตรา 274 “ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบขึ้นไปจนถึงสิบสี่ขวบไปเสีย
จากบิดามารดาหรือจากผู้ที่มิอำนาจคุ้มครองเด็คนั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเด็กมิได้เต็มใจไป
ด้วยมันก็ดี แต่ผู้ใดรู้อยู่แล้วว่าเด็กคนใดมีผู้พาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อหรือขายเด็คนั้น
หรือรับเอาเด็คนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่ง
ขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลความผิดที่ว่ามาในมาตรานี้ เป็นการที่กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร
อย่างหนึ่งอย่างใด ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี
แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรา 274 วรรคแรกนี้ต่างกับมาตรา 273 ในเรื่องอายุของเด็ก กล่าวคือ เด็กตาม
กฎหมายมาตรานี้ กฎหมายถือว่าเป็นเด็กที่รู้ความจริงเอาผิดต่อเมื่อเด็คนั้นไม่เต็มใจไปด้วย
ซึ่งหมายถึงกรณีของเด็กไม่สมัครใจแต่ถูกล่อลวงไปด้วย ตัวอย่างเช่น กล่าวต่อเด็กว่าบิดามารดาให้มา
รับตัวไป ซึ่งถ้าเด็กทราบว่าเป็นการหลอกลวงเด็กก็จะไม่ไปด้วย เป็นต้น แต่ความไม่เต็มใจของเด็ก
อาจมิได้ในกรณีอื่น ๆ อีก เช่น ใช้กำลังทำร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะทำร้ายให้เด็กกลัวต้องยอมไปด้วย
 เป็นต้น และความผิดตามวรรคแรกนี้ผู้กระทำ ก็ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เจตนาทุจริตเช่นกันจึงจะมี
ความผิด โดยคำว่า ซื้อ และคำว่า ขาย นั้นมีความหมายตามภาษาสามัญ เพราะความจริงสัญญา
ซื้อขายในกรณีนี้เป็นโมฆะทางกฎหมาย¹⁰⁹

มาตรา 275 “ผู้ใดเกลี้ยกล่อมพาเด็กอายุตั้งแต่สิบขวบขึ้นไปจนถึงสิบสี่ขวบไปเสียจาก
บิดามารดา หรือจากผู้ที่มิอำนาจคุ้มครองเด็คนั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมันเจตนาจะหากำไร
หรือเพื่อการอนาจารไซ้ร้ ถึงเด็คนั้นจะเต็มใจไปด้วยกับมัน ท่านก็ว่ามันมีความผิด อนึ่งผู้ใดรู้อยู่แล้ว

¹⁰⁸ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 395.

¹⁰⁹ หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 108, น. 396.

ว่าเด็กคนใด มีผู้พาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อ หรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้ โดยเจตนาทุจริตไซ้ร้ ท่านว่ามันมีความผิดเสมอกับผู้พาเด็กไป แลท่านให้ลงโทษผู้กระทำผิด ในมาตรานี้ ด้วยระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาท ขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดตามมาตรา 275 วรรคแรกนี้ต่างกับความผิดตามมาตรา 274 วรรคแรก กล่าวคือ มาตรา 274 เป็นกรณีที่เด็กไม่เต็มใจไป ฉะนั้น เพียงที่ผู้กระทำมีเจตนาทุจริตก็เป็นความผิดแล้ว แต่ตามมาตรา 275 ผู้กระทำได้เกลี้ยกล่อมพาเด็กไป ซึ่งเป็นกรณีเด็กเต็มใจไป มาตรา 275 จึงเอาผิดต่อเมื่อผู้กระทำ มีเจตนาจะหากำไร หรือเพื่อการรอนาจาร ส่วนความผิดประการที่สองเรื่องซื้อหรือรับเด็กนั้นไว้ โดยเจตนาทุจริตนั้นเหมือนกับมาตรา 274¹¹⁰

ต่อมามาตรา 274 และมาตรา 275 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2474 โดยมีการแก้ไขอายุซึ่งเดิมกำหนดไว้ตั้งแต่ สิบขวบถึงสิบสี่ขวบ เป็นตั้งแต่สิบขวบถึงสิบแปดขวบ

จากถ้อยคำในตัวอย่างแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้ว่าต้องการ ค้ำครองอำนาจปกครองของบิดามารดาเพื่อมิให้เด็กถูกแยกออกจากความอบอุ่นในครอบครัว เพราะบิดามารดาซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดและทั้งบิดามารดาและเด็กก็ต่างอาศัยอยู่ในครอบครัวเดียวกัน จึงเป็นผู้ที่ปกป้องดูแลเด็กได้ดีที่สุด ซึ่งตามจารีตประเพณี บิดามารดาและบุตรต่างมีบทบาทและหน้าที่ตลอดจนความสัมพันธ์ทางครอบครัวต่อกัน โดยบิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร และให้การศึกษาแก่บุตร เพื่อให้บุตรได้รับการปกป้องคุ้มครองจนกว่าบุตรจะสามารถดูแลคุ้มครอง ตนเองได้ และนอกจากนี้กฎหมายยังให้ผู้ที่มิอำนาจคุ้มครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้ที่บิดา มารดาเด็กมาฝากไว้ให้เรียนหนังสือ เป็นผู้ที่หน้าที่คุ้มครองเด็กด้วย

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ประกาศขึ้นใช้แทน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยเหตุผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวล กฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เนื่องมาจากว่า “โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ เพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในพุทธศักราช 2451¹¹¹ เป็นต้นมา พฤติการณ์ ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก”

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่นั้นวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป คือ เริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 15 พฤศจิกายน

¹¹⁰ หยุต แสงอุทัย, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 108*, น. 397.

¹¹¹ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

พ.ศ. 2499 โดยมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ ประมวลกฎหมายอาญา ท้ายพระราชบัญญัติใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นไป และมาตรา 4 กำหนดให้ เมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับแล้วให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา โดยประมวลกฎหมาย อาญาท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติความผิดฐานพรากเด็กไว้ในมาตรา 317 ความผิดฐาน พรากผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 318 และมาตรา 319 โดยบัญญัติไว้ในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และชื่อเสียง หมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพ โดยความผิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ที่ผู้เขียน จะทำการศึกษา คือ มาตรา 317 และมาตรา 319 ดังนี้

มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ไปเสียจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่ หนึ่งพันบาทถึง หนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ช้อ จำหน่ายหรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามความในวรรคแรก ต้องระวางโทษ เช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

มาตรา 319 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดโดยทุจริต ช้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามความในวรรคแรก ต้องระวาง โทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

เมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ความผิดฐาน พรากเด็กตาม มาตรา 317 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 319 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีก 3 ครั้ง ดังนี้

- ครั้งที่หนึ่ง เป็นการแก้ไขโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ซึ่งประกาศ ณ วันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยจอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติ ซึ่งประกาศดังกล่าวมีผล ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป¹¹² คือ เริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยเหตุผลของการประกาศใช้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 เนื่องมาจากว่า

“โดยที่คณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัย จากอาชญากรรม ในการคณะปฏิวัติเห็นว่า อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภท ตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอแก่การป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน”

¹¹² ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 88 ตอนที่ 127 หน้า 1 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514

ข้อ 12 ของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ให้ยกเลิกความในมาตรา 317 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและให้ใช้ความดังต่อไปนี้แทน

“มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากรเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จําหน่ายหรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรตามความในวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากําไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรากรผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อหากําไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จําหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรตามวรรคต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น”

การแก้ไขดังกล่าวเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของโทษเป็นหลัก กล่าวคือ มีการเพิ่มโทษทั้งโทษจำคุกและโทษปรับให้สูงขึ้น

- ครั้งที่สอง แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹¹³ เป็นต้นไป โดยเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติได้ให้เหตุผลในการแก้ไขไว้ว่า

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพได้ทวีความรุนแรง และความผิดฐานลักทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์ที่เป็นพระพุทธรูป และโคหรือกระบือของผู้มีอาชีพกสิกรรมมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งความผิดเหล่านี้ในบางกรณีได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาครั้งหนึ่งแล้ว ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ในการนี้สมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ให้ยกเลิกความในมาตรา 317 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไข

¹¹³ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 99 ตอนที่ 108 หน้า 5 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525

เพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 และให้ใช้ความต่อไปนี้เป็นแทน

“มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากรเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจารผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรากรผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรตามวรรคแรกต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น”

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สองนี้เป็นเพียงการแก้ไขโทษทั้งโทษจำคุกและโทษปรับให้สูงขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในขณะนั้นเท่านั้น มิได้มีการแก้ไขในส่วนองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแต่อย่างใด

- **ครั้งที่สาม** แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹¹⁴ เป็นต้นไป โดยเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติได้ให้เหตุผลในการแก้ไขไว้ว่า

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 313 มาตรา 317 มาตรา 318 มาตรา 319 และมาตรา 398 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย จากการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศ การกระทำความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และการกระทำทารุณต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม

¹¹⁴ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 104 ตอนที่ 173 หน้า 4 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2530

และประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ นอกจากนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งหญิงเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่นในกฎหมายปัจจุบันนั้น มาตรา 282 จะเป็นการผิดต่อเมื่อได้กระทำต่อหญิงอายุไม่เกินสิบแปดปี ทำให้หญิงได้รับความเสียหาย แต่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองสมควรแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดไม่ว่าหญิงจะมีอายุเท่าใดก็ตาม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ให้ยกเลิกความในมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากรเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจารผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรากรผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรตามวรรคแรกต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น”

หลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 แล้ว ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาอีกหลายครั้ง¹¹⁵ แต่ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 แต่อย่างใด

¹¹⁵ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2530
พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2532
พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535
พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2535
พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2537
พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540

โดยสรุป การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 317 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นเพียงแต่การเพิ่มเติมโทษให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน และเพิ่มเติมอายุของเด็กและผู้เยาว์ในความปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแลให้ได้ ความคุ้มครองยิ่งขึ้น แต่ก็ยังคงมีหลักการในการคุ้มครองความปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์คงอยู่เช่นเดิม

เมื่อพิจารณาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ฐานความผิดพรากเด็ก และมาตรา 319 ฐานความผิดพรากผู้เยาว์ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

การ “พราก” อาจเป็นการพาไปชั่วคราวก็ได้¹¹⁶ เช่น เพียง 5 ชั่วโมง¹¹⁷ ไม่ต้องพาให้พ้นไปเลย แม้ในที่สุดจะนำตัวกลับมาคืนก็เป็นความผิดสำเร็จไปแล้ว การพรากไม่จำเป็นต้องมีการหลอกลวงเด็กแต่อย่างใด เพียงแต่ชักชวนและแนะนำเด็กให้ไปด้วยโดยมิได้หลอกลวงและเด็กเต็มใจไปด้วย ก็เป็นการพรากแล้ว¹¹⁸

ความผิดฐานพรากเด็ก ตามมาตรา 317 วรรคแรก “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท”

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2546

พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2547

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

¹¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2858/2540

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1605/2523

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 2858/2540

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพราดเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยปราศจากเหตุอันสมควร ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไม่ว่าเด็กนั้นจะเต็มใจไปด้วยหรือไม่ก็ตาม

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

“กรรมของการกระทำ” คือ เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

“การกระทำ” คือ การพราดไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลไม่ยินยอม และในส่วนของที่เกี่ยวกับเด็ก การพราดนั้นไม่ว่าเด็กนั้นจะเต็มใจไปด้วยหรือไม่ก็ตาม “พราด” หมายความว่า “พาไป หรือแยกเด็กออกไปจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลเด็กถูกรบกวน หรือถูกระทบกระเทือน”¹¹⁹ อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็ก¹²⁰

หลักเกณฑ์การทำความผิดฐานพราดเด็ก ตามมาตรา 317

(1) เด็กนั้นต้องอยู่ในความปกครองดูแลของผู้หนึ่งผู้ใดในขณะที่พราด¹²¹

(2) มีการพาไปหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลนั้น อันทำให้ความปกครองดูแลถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน ทั้งนี้โดยปราศจากเหตุอันสมควร

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาพราดเด็ก กล่าวคือ ความผิดฐานพราด เป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการพราด ตั้งแต่มีการพาหรือแยกเด็กออกจากความปกครองดูแลของบิดามารดา¹²²

ความผิดฐานค้าเด็กที่ถูกพราด ตามมาตรา 317 วรรคสอง “ผู้ใดโดยทุจริต ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพราดตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พราดนั้น”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็ก ซึ่งถูกพราดตามมาตรา 317 วรรคแรก และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาค้าเด็กที่ถูกพราด กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าเป็นเด็กที่ถูกพราดตามวรรคแรกและผู้กระทำต้องการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กที่ถูกพราดนั้น และต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อทุจริตด้วย

ความผิดฐานพราดเด็กเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม “ถ้าความผิดตามมาตรา 317 ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท”

¹¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3152/2543

¹²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 4287/2548

¹²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2155/2514

¹²² คำพิพากษาฎีกาที่ 767/2544

องค์ประกอบภายนอก ความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม กรณีจะถือว่าเป็นความผิดฐานนี้คือ ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกและวรรคสอง ต้องกระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร เว้นแต่ ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภริยาอย่างแท้จริง ผู้กระทำไม่ผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม แต่ยังผิดมาตรา 317 วรรคแรก¹²³

องค์ประกอบภายใน ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพรากเด็ก กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าเด็กนั้นอายุยังไม่เกิน 15 ปี และผู้กระทำความผิดพรากผู้เด็กนั้นไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควร ไม่ว่าเด็กนั้นจะเต็มใจไปด้วยหรือไม่ก็ตาม และผู้กระทำความผิดต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วยจึงจะมีความผิดตามมาตรา 317

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 319

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 วรรคแรก “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือดูแล โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

“กรรมของการกระทำ” คือ ผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี

“การกระทำ” คือ การพรากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลไม่ยินยอม และในส่วนของที่เกี่ยวกับผู้เยาว์ การพรากนั้นต้องเป็นไปโดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย “พราก” หมายความว่า “พาไป หรือแยกเด็กออกไปจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลเด็กถูกรบกวน หรือถูกระทบกระเทือน”¹²⁴ อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็ก”¹²⁵

หลักเกณฑ์การกระทำความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ตามมาตรา 319

- (1) เด็กนั้นต้องอยู่ในความปกครองดูแลของผู้หนึ่งผู้ใดในขณะที่พราก¹²⁶
- (2) มีการพาไปหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลนั้น อันทำให้ความปกครองดูแลถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน ทั้งนี้โดยปราศจากเหตุอันสมควร

¹²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1258/2542

¹²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3152/2543

¹²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 4287/2548

¹²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2155/2514

องค์ประกอบภายนอกความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรกนี้คล้ายกับความผิดตามมาตรา 318 วรรคแรก ต่างกันตรงที่ความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรกนี้ ผู้เยาว์ต้องเต็มใจไปด้วย กรณีจะถือว่าผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยในความผิดฐานนี้ได้ก็ต่อเมื่อผู้เยาว์นั้นยินยอมในเรื่องจุดมุ่งหมายเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วย ถ้าผู้เยาว์มิได้เต็มใจในส่วนนี้ กรณีก็จะ เป็นปัญหาของความผิดฐานพรากผู้เยาว์ โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจ เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารตามมาตรา 318 วรรคสาม

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพรากผู้เยาว์ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดรู้ว่าผู้เยาว์นั้นอายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี และผู้กระทำความผิดต้องการพรากผู้เยาว์นั้นไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย และผู้กระทำความผิดต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วยจึงจะมีความผิดตามมาตรา 319

ความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 วรรคสอง “ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามมาตรา 319 วรรคแรก และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาค้าผู้เยาว์ที่ถูกพราก กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดรู้ว่าเป็นผู้เยาว์ที่ถูกพรากตามวรรคแรกและ ผู้กระทำความผิดซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากนั้น และต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อทุจริตด้วย

บทที่ 3

ขอบเขตความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายต่างประเทศ

เด็ก เป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญของประเทศชาติ ที่สมควรได้รับการปกป้องคุ้มครองในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กจึงมีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึง “ขอบเขต” และ “ดุลยภาพ” ระหว่าง “การให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก” กับ “การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ควบคู่กันไป ในการตีความกฎหมาย จึงควรอยู่ภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยจะต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวัง และให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายแต่ละฉบับ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก¹²⁷

การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ กฎหมายมุ่งให้การคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอ จากกระทำของผู้ใหญ่ที่จะเข้ามาเอาเปรียบและหาผลประโยชน์ในด้าน ต่าง ๆ มิใช่จากการกระทำด้วยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเอง และคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อผู้เยาว์มิให้ถูกพรากไปเสียจากความปกครอง¹²⁸ ฉะนั้น เด็กหรือผู้เยาว์จึงไม่สามารถให้ความยินยอมในเรื่องการพรากได้หากเป็นการกระทำไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร เว้นแต่หากเป็นกรณีพรากเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไปเพื่ออยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา โดยเด็กหรือผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย จะมิใช่เป็นการพรากไปเพื่อการอนาจาร และมีใช้ความผิดตามกฎหมาย¹²⁹

การศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่ยกเว้นความผิดหรือไม่ดำเนินคดี กรณีเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ และความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกัน จะทำให้ทราบถึงแนวคิดในการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ

¹²⁷ มาตาสลักชัย เสริมธากุล, รายงานฉบับสมบูรณ์ หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับ ประโยชน์สูงสุดของเด็ก, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2561), น. 1.

¹²⁸ เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2557), น. 538.

¹²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 894/2538

เปรียบเทียบความเหมือน ความแตกต่าง ระหว่างกฎหมาย ที่ทำการศึกษา เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทสังคมของแต่ละประเทศ และเพื่อให้การคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์เป็นไปตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะสามารถนำมาพัฒนากฎหมายของประเทศไทยต่อไป เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยผู้เขียนจะขอลำดับถึง ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ดังนี้

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งเขตการปกครองออกเป็น 50 มลรัฐ¹³⁰ แต่ละรัฐได้ตรากฎหมายขึ้นใช้ในรัฐของตนเองโดยอิสระ เรียกว่า “กฎหมายของรัฐ” และกฎหมายของรัฐนี้จะบัพัญญัติไว้ด้วยว่า กรณีใดให้ใช้บังคับตามบัพัญญัติของ “กฎหมายของรัฐกลาง” ซึ่งจะใช้เป็นข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี การศึกษาในระบบกฎหมายดังกล่าว จึงต้องศึกษาจากตัวอย่างคดีที่ศาลต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาไว้ ผู้เขียนเห็นควรศึกษาความผิดฐานพรากผู้เยาว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในลักษณะที่ไม่เฉพาะเจาะจงในรัฐใดรัฐหนึ่ง

3.1.1 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายอาญาของบางมลรัฐได้นำความผิดฐานพาตัวบุคคลไป (Abduct or Abduction) มาอธิบายความผิดฐานการเอาตัวบุคคลไปเรียกค่าไถ่ (Kidnapping) เพราะความผิดทั้งสองฐานนี้มีลักษณะของการกระทำความผิดเหมือนกัน กล่าวคือ มีการกระทำความผิดโดยบุคคลหนึ่งได้พาตัวบุคคลอื่นไป (Taking) หรือกักตัว (Detention) บุคคลอื่นไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹³¹ กฎหมายในบางมลรัฐถือว่าความผิดฐานนี้จะต้องมีการนำตัวบุคคลจากสถานที่ ซึ่งเขาถูกจับตัวไปยังสถานที่อื่นด้วย¹³²

ความแตกต่างของความผิดฐานพาตัวบุคคลไป (Abduction) กับความผิดฐานเอาตัวบุคคลไปเรียกค่าไถ่ (Kidnapping) อยู่ที่ว่า “Abduction” ซึ่งตรงกับคำว่า พาตัวบุคคลไป (“Abduction” and “Take away” are after use as the equivalents of each other.)¹³³ กล่าวคือ ความผิด

¹³⁰ ทองใบ แดงน้อย, *แผนที่ภูมิศาสตร์*, พิมพ์ครั้งที่ 40 (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนา, 2546), น. 102.

¹³¹ State V. Evan (72 Idaho 458, 243 P 2 d 975), Am Jur 2 d., p. 166. อ้างใน สมหวัง วิริยผล, “ความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 87.

¹³² Midget V State (216 Md 26, 139 A. 2d 209), Am Jur 2 d., p. 160, *เพ็ญอ้าง*, น. 87.

¹³³ Humphrey V.Pope (122 Call 253, 54 P 847), Am Jur 2 d., p. 164, *เพ็ญอ้าง*, น. 87.

นี้มีการเข้าไปรบกวน หรือกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวของบุคคลอื่น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การพาเอาเด็กไปจากบิดา มารดา ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม กล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ เป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเสรีภาพของผู้ถูกเอาตัวไป¹³⁴

จากสถิติคดีการลักพาตัวเพื่อเรียกค่าไถ่ข้ามรัฐเพิ่มสูงขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลกลางจึงได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่ง คือ “Lindbergh law” โดยมีสาระสำคัญคือ ได้บัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดที่ส่งตัวบุคคลที่ถูกพาไปยังมลรัฐอื่นหรือต่างประเทศเพื่อหากำไรลงโทษผู้กระทำความผิดฐานพาตัวบุคคลอื่นมาเรียกค่าไถ่ หรือความผิดฐานพาตัวบุคคลอื่นไปยกเว้นกรณีดังกล่าวที่การกระทำเกิดขึ้นกับผู้เยาว์โดยบิดามารดาของเขา¹³⁵

ความผิดฐานพาตัวบุคคลไปนี้ ไม่จำเป็นว่าผู้กระทำความผิดจะต้องลงมือกระทำการเอง การจ้างผู้อื่นก็เป็นความผิดด้วย¹³⁶ และไม่จำเป็นต้องใช้กำลังข่มขู่ อาจเป็นการชักชวนล่อลวง เพื่อให้เหยื่อเต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิด¹³⁷

ในความผิดฐานพาตัวบุคคลไป ความยินยอมของเหยื่อผู้ถูกพาไป โดยปกติแล้วไม่ใช่ข้อสาระสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณา และจะต้องมีการใช้กำลัง หรือการหลอกลวง โดยเป็นการพาไปโดยเหยื่อไม่เต็มใจ การหลอกว่าจะพาไปอยู่บ้านใหม่ที่เหมาะสมถือว่าเป็นการพาไปเช่นเดียวกัน¹³⁸

เด็กหรือแม้แต่ผู้ใหญ่ที่ให้ความยินยอม เพราะความยินยอมนั้นสืบเนื่องจากการถูกหลอกลวง ก็ไม่ถือเป็นการให้ความยินยอม และความยินยอมจะต้องได้จากบุคคลผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ที่จะให้ความยินยอมได้ เด็กโดยทั่วไปแล้วตามกฎหมายถือว่าไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ดังนั้น เมื่อถูกพาไปจากผู้ปกครอง ถือว่าเป็นการพาไปโดยไม่ได้รับความยินยอม และในกรณีของผู้เยาว์ก็เช่นกัน ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองก็ถือว่าเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดในความผิดฐานพาตัวผู้เยาว์ไปไม่ได้¹³⁹

¹³⁴ State V. Brown (181 Kan, 375, 312 P 2 d 832), State V. Myers; (154 Kan 648, 121 P 2 d 286), Am Jur 2 d., p. 170, *เพ็ญอ้าง*, น. 87.

¹³⁵ Gooch V. United state (297 US 124, 80 L ed 522, 56 S ct 395), Am Jur 2 d., p. 172, *เพ็ญอ้าง*, น. 88.

¹³⁶ State V. Bussey (58 kan 679, 50 P 891), Am jur 2 d., p. 173. *เพ็ญอ้าง*, น. 88.

¹³⁷ State V. Bussey (58 kan 679, 50 P 891), Am jur 2 d., p. 174, *เพ็ญอ้าง*, น. 88.

¹³⁸ Perkins on Criminal Law, (New York: The Foundation Press, Inc, 1969), p. 135 – 136, *เพ็ญอ้าง*, น. 89.

¹³⁹ State V. Suennen (36 Idaho 219, 209 P 1072), Am Jur 2 d., p. 171, *เพ็ญอ้าง*, น. 89.

กฎหมายบางฉบับของบางมลรัฐได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อผู้ถูกเอาตัวไป โดยได้กำหนดอายุสูงสุดของเหยื่อไว้ ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะรู้หรือไม่รู้อายุของเหยื่อ ก็ไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิด ซึ่งการพิจารณาความผิดฐานพรากจะต้องพิจารณาไปถึงความประพฤติของเหยื่อหรือความบริสุทธิ์ พรหมจรรย์ของเหยื่อเป็นองค์ประกอบสำคัญด้วย¹⁴⁰ อีกทั้ง การพาผู้เยาว์ไปเพื่อความสะดวกต้องการเลี้ยงดูเป็นภริยา ไม่ถือว่าเป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร เพราะการเป็นสามีภริยากันถือว่าเป็นการพาไปเพื่อการอนาจารด้วย) ได้¹⁴¹

3.1.2 การกำหนดอายุของบุคคลในการให้ความยินยอม

อายุในการให้ความยินยอมในเรื่องการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ในช่วงอายุที่แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ โดยส่วนใหญ่กำหนดอายุเด็กไม่เกิน 16 ปี และผู้เยาว์ไม่เกิน 21 ปี โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดความผิดฐานพาตัวเด็กหรือผู้เยาว์ข้ามรัฐซึ่งการกระทำความผิดนี้กระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของผู้ถูกจับตัวไป ซึ่งต้องมีการนำตัวบุคคลดังกล่าวไปจากสถานที่ที่ถูกจับตัว และรัฐบาลกลางได้ออกกฎหมาย Lindbergh Law จากบทกฎหมายดังกล่าวจะเห็นว่า การให้ความยินยอม โดยปกติแล้วเด็กไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เมื่อเด็กถูกพาไปจากผู้ปกครองถือว่าเป็นการพาไปโดยไม่ได้รับความยินยอม และในกรณีของผู้เยาว์ก็เช่นกันถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองก็ถือว่าเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดในความผิดฐานพาตัวผู้เยาว์ไป

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติให้อายุเด็กที่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ไว้ที่อายุ 10 ปีขึ้นไป สอดคล้องกับความผิดฐานอนาจารซึ่งเป็นการสัมผัสทางเพศ (Sexual Contact) ต่อผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรส ก็กำหนดอายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมได้ไว้ที่อายุ 10 ปี ขึ้นไป เช่นเดียวกัน

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติไว้ใน Model Penal code

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 213.1 บัญญัติว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ข่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อ

- (ก) ใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะทำอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย
- (ข) ทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการใช้ยา

¹⁴⁰ Henderson V. People (124 ILL 607, 17 NE 68), State V. Sandered 136 La 1059, 68 So 125, Am Jur 2 d., p. 171, เพิ่งอ้าง, น. 90.

¹⁴¹ Kenny's Outline of Criminal Law, (New York: The Foundation Press, Inc, 1969), p. 138, เพิ่งอ้าง, น. 90.

(ค) ทำให้หญิงหมดสติ

(ง) หญิงนั้นอายุต่ำกว่า 10 ปี¹⁴²

ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 213.4 บัญญัติว่า “บุคคลใดสัมผัสทางเพศต่อผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารเมื่อ (4) ผู้อื่นนั้นมีอายุต่ำกว่า 10 ปี”¹⁴³

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐต่าง ๆ จำนวน 50 มลรัฐ ซึ่งแล้วแต่มีประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบังคับใช้ภายในมลรัฐของตนเอง (State law) เกณฑ์การบัญญัติในเรื่องอายุของเด็กที่ให้ความยินยอมจึงแตกต่างกันออกไป ซึ่งโดยเฉลี่ยแล้วจะกำหนดที่อายุ 12 ถึง 18 ปี แล้วแต่ความเหมาะสม นอกจากนี้ยังพบว่าหากเป็นกรณีที่มีความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้นโดยไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลของมลรัฐใดรัฐหนึ่ง รัฐบาลกลางได้กำหนดให้บังคับใช้ตามกฎหมายรัฐบาลกลาง (Federal law) อาทิ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กเกิดขึ้นที่น่านน้ำพิเศษ ในมาตรา 2243¹⁴⁴

¹⁴² Section 213.1 Rape and related offences. (1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if:

(a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or

(b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or

(c) the female is unconscious; or (d) the female is less than 10 years old.

Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course thereof the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree. Sexual intercourse includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required

¹⁴³ Section 213.4 Sexual assault.

A person who has sexual contact with another not his spouse, or causes such other to have sexual conduct with him, is guilty of sexual assault, a misdemeanor, if...

(4) the other person is less than 10 years old; or...

¹⁴⁴ Section 2243 Federal law.

(a) Of a Minor. - Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly engages in a sexual act with another person who

บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งมีอายุตั้งแต่ 12 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ถูกระทำนั้น มีอายุน้อยกว่าผู้กระทำความผิดตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไปต้องระวางโทษ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอเมริกาได้มีแนวทางในการคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ โดยมองว่าเด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครองจึงส่งผลให้เด็กไม่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ จึงต้องมีการบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กเหล่านี้ และลงโทษแก่บุคคลผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการกำหนดความผิดสำหรับการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ในการให้ความยินยอม อันถือได้ว่าเป็นการข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (Statutory rape)

ในกรณีที่เด็กมิได้มีเจตนากระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังเช่นทั่วไป แต่เป็นกรณีที่เด็กทั้งสองที่อายุใกล้เคียงกันและมีความสัมพันธ์ในฐานะแฟน รักใคร่กันและเต็มใจมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันแล้ว กฎหมายจะถือว่าเด็กทั้งสองหรือเด็กชายเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศนี้หรือไม่ ในกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาแนวคิดที่เมื่อเด็กผู้ถูกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศควรได้รับการปกป้องคุ้มครองแล้ว ยังต้องให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้กระทำความผิดด้วย โดยแนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าไม่เกิดประโยชน์ในการลงโทษเด็กผู้กระทำผิดแต่อย่างใด

กฎหมายและแนวคำพิพากษาในหลายมลรัฐ จึงเห็นว่าไม่สมควรที่จะกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์โดยความยินยอมเป็นความผิดทางอาญา โดยมลรัฐเกือบทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้มีการบรรเทาโทษหรือไม่ให้มีการลงโทษเด็กเลย โดยจะพิจารณาจากอายุของเด็ก ที่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์เป็นเกณฑ์ เช่น ในมลรัฐ New York Oklahoma Oregon South Carolina Vermont Indiana ฯลฯ ซึ่งมีเพียงสองมลรัฐเท่านั้นที่ไม่มีการบรรเทาโทษเด็กเลยคือ มลรัฐ New Mexico และ Massachusetts โดยกฎหมาย Romeo and Juliet จะยกเว้นความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีที่บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแต่ทั้งสองมีอายุใกล้เคียงกัน ซึ่งหลักกฎหมายนี้ กำหนดเกณฑ์อายุของทั้งผู้เสียหายและผู้ต้องหาที่คบหากันนั้นทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองผู้เยาว์และการยอมรับการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างกัน

หลัก Romeo and Juliet มีหลักเกณฑ์ในการนำมาใช้ โดยจะนำมาใช้กรณีที่ผู้ต้องหาและผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศมีอายุใกล้เคียงกัน และไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด โดยผู้กระทำจะอ้างหลักนี้ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย แต่ทั้งนี้ ใช่ว่าหลัก Romeo and Juliet สามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ทุกกรณี เพราะอายุในความยินยอม

(1) has attained the age of 12 years but has not attained the age of 16 years; and

(2) is at least four years younger than the person so engaging; or attempts to do so, shall be fined under this title, imprisoned not more than 15 years, or both.

ของผู้เสียหายยังมีอายุขั้นต่ำสุด ที่จะเริ่มให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำที่เป็นเด็กได้ ซึ่งหากเด็กที่ให้ความยินยอมมีอายุที่ต่ำเกินไป การกระทำของเด็กย่อมเป็นความผิดได้

มลรัฐเท็กซัส เป็นมลรัฐหนึ่งในหลาย ๆ มลรัฐ ที่ได้ผ่านการคุ้มครองทางกฎหมายสำหรับเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกันที่มีเพศสัมพันธ์กัน โดยความยินยอมระหว่างกัน การตรากฎหมาย Romeo and Juliet¹⁴⁵ มีขึ้นเพื่อปกป้องเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกัน จากการถูกฟ้องร้องและถูกตัดสินลงโทษทางอาญา ในความผิดเกี่ยวกับเพศ หากกรณีการกระทำผิดเกิดจากความยินยอม อีกทั้งยังปกป้องเด็กหรือผู้เยาว์จากการต้องลงทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ กฎหมาย Romeo and Juliet ตั้งขึ้นตามชื่อของคู่รักวัยรุ่นในละครคลาสสิกของวิลเลียม เชกสเปียร์เรื่อง Romeo and Juliet ซึ่งหากพิจารณาตามบทละครแล้ว Romeo และ Juliet มีอายุห่างกันหลายปี แม้จะไม่ทราบช่องว่างของอายุที่แท้จริงก็ตาม โดยมีคุณธรรมทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังคือ การกระทำของบุคคลที่มีอายุใกล้เคียงกัน และมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยสมัครใจยินยอมควรได้รับการปกป้องจากการถูกฟ้องร้องและถูกตีตรา กิดกันจากสังคม ว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา เป็นอาชญากรอันชั่วร้าย ทั้งที่การกระทำดังกล่าวมิได้มีความรุนแรง เมื่อเทียบจากสถานการณ์ โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญคือ บุคคลผู้ถูกระทำความผิด และผู้เสียหาย มีอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี และผู้เสียหายมีอายุไม่น้อยกว่า 14 ปี ในขณะที่มีเพศสัมพันธ์ ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีอายุใกล้เคียงกัน ซึ่งมีอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี ซึ่งกฎหมายในมลรัฐของเท็กซัส อายุในการให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศ คือ อายุ 17 ปีขึ้นไป ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเห็นว่า บุคคลที่อยู่ในช่วงวัยดังกล่าว มีความเป็นผู้ใหญ่เพียงพอที่จะมีความสามารถให้ความยินยอมได้อย่างเหมาะสม อีกทั้งบุคคลผู้กระทำความผิดที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมาย Romeo and Juliet ยังได้รับการปกป้องจากการต้องลงทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ โดยมีเงื่อนไขที่ว่า บุคคลผู้กระทำความผิด และผู้เสียหาย มีอายุต่างกันน้อยกว่า 4 ปี และผู้เสียหายอายุน้อยกว่า 15 ปีในขณะที่มีการถูกระทำความผิดทางเพศ

มลรัฐฟลอริดา เป็นอีกมลรัฐในหลาย ๆ มลรัฐ ที่มีการตรากฎหมาย Romeo and Juliet¹⁴⁶ ก่อนมีการตรากฎหมายดังกล่าว เด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ต้องขึ้นทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ ซึ่งมีผลกระทบต่อการทำงาน

¹⁴⁵ Neal Davis Law Firm, 2021, "What is Texas' Romeo and Juliet Law and How Does it Work?," สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2564, จาก <https://www.nealdavislaw.com/criminal-defense-guides/texas-romeo-juliet-laws.html>.

¹⁴⁶ Mike G Law A Law Firm, 2021, "What is Florida's Romeo and Juliet law?," สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2564, จาก <https://www.mikeglaw.com/romeo-and-juliet-law-florida/>.

และข้อจำกัดในด้านที่อยู่ ซึ่งมลรัฐฟลอริดา ตระหนักในปัญหาเรื่องนี้ โดยแยกกรณีความผิดระหว่างการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน และผู้กระทำความผิดทางอาญาที่เป็นอันตรายต่อสังคม ซึ่งกฎหมาย Romeo and Juliet ได้ผ่านการประชุมสภานิติบัญญัติของมลรัฐฟลอริดา เมื่อปี 2549 และได้รับการอนุมัติอย่างเป็นทางการ เมื่อปี 2550 กฎหมายดังกล่าวค่อนข้างเข้มงวดเกี่ยวกับความยินยอมในความคิดเกี่ยวกับเพศ โดยกำหนดอายุในการให้ความยินยอมไว้ที่ 18 ปี หากมีการกระทำทางเพศกับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี อาจถูกตั้งข้อหาข่มขืนโดยผลของกฎหมายได้ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายมลรัฐดังกล่าวเห็นว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ยังเด็กเกินไปที่จะให้ความยินยอมอย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยกฎหมายดังกล่าวให้ความคุ้มครองการมีเพศสัมพันธ์ของบุคคลผู้กระทำที่มีอายุมากกว่า 18 ปี แต่น้อยกว่า 24 ปี กฎหมาย Romeo and Juliet ให้การคุ้มครองบุคคลที่มีอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 4 ปีในการมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมสมัครใจ อาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องขึ้นทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ

นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลในบางมลรัฐมิได้บัญญัติหลัก Romeo and Juliet ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบหรือเหตุบรรเทาโทษ แต่ก็มีความเห็นว่า การที่ลงโทษผู้เยาว์เฉกเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ในความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น ในรัฐ Vermont คดี In Re G.T.¹⁴⁷ ศาลฎีกาพิพากษาในทำนองเดียวกันว่าบุคคลหนึ่งไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายได้ หากบุคคลนั้นเองก็มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้¹⁴⁸ ศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตั้งหลักเกณฑ์ว่าการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3.2 ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีได้ให้ความคุ้มครองหลักประกันสิทธิในการอบรมเลี้ยงดูเด็กไว้ในกฎหมายมูลฐาน (Basic Law) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ถือกำเนิดมาจาก The Parliamentary Council โดยแบ่งออกเป็น 11 หมวด (Chapter) 146 มาตรา (Article) ในหมวดที่ 1 (chapter 1: Basic Rights) ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวเยอรมนี ถือเป็นแบบฉบับของหลักประกันเรื่องสิทธิเสรีภาพ มีทั้งหมด 19 มาตรา และในมาตรา 6 เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพในการสมรส ครอบครัว และเด็ก มาตรา 6 (2) และ (3) กำหนดให้

¹⁴⁷ In Re G.T., 758 A.2d 301 (Vermont 2000). อ้างใน ฉัตรภูษิต ลีลาอมรพันธ์, “ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 79.

¹⁴⁸ Brief of Juvenile Center and children’s Law Center, *supra* note 9, p.5, *พืงอ้าง*, น. 79 .

(2) การดูแลและอบรมเลี้ยงดูเด็กเป็นสิทธิตามธรรมชาติและเป็นหน้าที่หลักของบิดามารดา รัฐจะเป็นผู้ดูแลบิดามารดาในการปฏิบัติตามหน้าที่นี้¹⁴⁹

(3) เด็กอาจถูกแยกออกจากครอบครัวของพวกเขาโดยขัดกับเจตนาของบิดามารดาหรือผู้ปกครองเฉพาะกรณีตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น และเฉพาะกรณีที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไม่สามารถทำหน้าที่ได้หรือมีฉะนั้นเด็กเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงในการถูกทอดทิ้ง¹⁵⁰

3.2.1 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

ในทางอาญานั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 235¹⁵¹ ความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์จากความดูแลของบิดามารดา (Abduction of minors from the care of their parents etc)

¹⁴⁹ The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty.

¹⁵⁰ Children may be separated from their families against the will of their parents or guardians only pursuant to a law and only if the parents or guardians fail in their duties or the children are otherwise in danger of serious neglect.

¹⁵¹ Section 235 Abduction of minors from the care of their parents etc

(1) Whosoever removes from the custody of one or both of his parents or his guardian or denies them access to

1. a person under eighteen years of age by force, threat of serious harm or deception; or
2. a child, without being a relative, shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.

(2) Whosoever

1. removes a child from the custody of one or both of his parents or his guardian in order to take him abroad; or
2. denies access to him abroad after having removed him there or the child having gone there, shall incur the same penalty.

(3) In cases under subsection (1) No 2 and subsection (2) No 1 above the attempt shall be punishable.

(4) The penalty shall be imprisonment from one to ten years if the offender

1. by the offence places the victim in danger of death or serious injury or of a substantial impairment of his physical or mental development; or
2. commits the offence for material gain or with the intent of enriching himself or a third person.

(1) ผู้ใดพรากอำนาจปกครองของบิดามารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายหรือไม่ส่งคืนแก่บุคคลดังกล่าว

1. บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยขู่เข็ญว่าจะกระทำอันตราย หรือโดยใช้อุบาย หรือ

2. เด็ก ที่ไม่ใช่สมาชิกในครอบครัวตน

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ

(2) ผู้ใด

1. พรากเด็กไปจากอำนาจปกครองของบิดามารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายเพื่อนำเด็กออกนอกราชอาณาจักร หรือ

2. ยับยั้งมิให้เด็กนั้นกลับเข้ามาในราชอาณาจักร

ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

(3) ในความผิดที่กระทำภายใต้อนุมาตรา (1) ข้อ 2 และอนุมาตรา (2) ข้อ 1 ดังกล่าวข้างต้น การพยายามกระทำความผิดต้องรับโทษ

(4) โทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด

1. ทำให้ผู้กระทำให้ผู้ถูกกระทำอยู่ในสถานที่อันตรายถึงชีวิตหรือได้รับอันตรายสาหัสหรือทำให้พัฒนาการทางร่างกายหรือจิตใจลดลงอย่างมาก

2. กระทำความผิดเพื่อได้รับประโยชน์ทางทรัพย์สินหรือโดยเจตนาให้ตนเองหรือบุคคลที่สามได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้น

(5) กรณีที่การกระทำความผิดของผู้กระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายต้องได้รับโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี

(6) ในความผิดที่ร้ายแรงน้อยกว่าภายใต้อนุมาตรา (4) ดังกล่าวข้างต้น ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี ในความผิดที่ร้ายแรงน้อยกว่า ภายใต้อนุมาตรา (5) ดังกล่าวข้างต้น ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี

(5) If by the offence the offender causes the death of the victim the penalty shall be imprisonment of not less than three years.

(6) In less serious cases under subsection (4) above the penalty shall be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsection (5) above imprisonment from one to ten years.

(7) The abduction may only be prosecuted upon request in cases under subsections (1) to (3) above unless the prosecuting authority considers proprio motu that prosecution is required because of special public interest.

(7) การพรากอาจถูกดำเนินคดีเมื่อมีการร้องขอ กรณีภายใต้อนุมาตรา (1) ถึง (3) ดังกล่าวข้างต้น แต่พนักงานอัยการอาจดำเนินคดีด้วยตนเองได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าการดำเนินคดีเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นพิเศษ

ความคิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 235 จะถือว่าเป็นการพรากก็ต่อเมื่อการใช้สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลได้รับความเสียหาย โดยในทางตำรา สิทธิดังกล่าวจะถือว่าได้รับความเสียหายเมื่อเด็กและผู้ใช้อำนาจปกครองถูกแยกให้อยู่คนละสถานที่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ซึ่งไม่ใช่เป็นแต่เพียงช่วงเวลาหนึ่ง จนทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่อาจใช้สิทธิในการศึกษาอบรมดูแล ในกรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลทราบว่าเด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลที่สามจะถือว่าเป็นการพรากเด็กในกรณีนี้ก็ต่อเมื่อเด็กได้ถูกพรากไปจากบุคคลที่สามที่ดูแลเด็กอยู่ ในกรณีที่เด็กไม่ได้อยู่ในสถานที่ที่อยู่ในความดูแลของผู้ปกครอง แต่อยู่ในสถานที่ที่ผู้ปกครองรับทราบเช่น ในโรงเรียน เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ จะถือว่าเป็นการพรากก็ต่อเมื่อเด็กถูกพรากออกไปจากสถานที่ดังกล่าว เช่น เอาเด็กออกจากโรงเรียน เป็นต้น¹⁵² ดังนั้น การพรากจะเกิดขึ้นเมื่อเด็กถูกแยกออกจากสถานที่ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองรับทราบ การแยกเด็กออกจากผู้ใช้อำนาจปกครองมีผลทำให้สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลได้รับความเสียหาย

เมื่อเป็นการพรากแล้ว ตามกฎหมายเยอรมนีจะต้องพิจารณาช่วงระยะเวลาในการพรากประกอบด้วย กล่าวคือ ต้องมีการแยกเด็กออกมาจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลในช่วงเวลาหนึ่งด้วย ปัญหาว่าจะต้องใช้ระยะเวลายาวนานแค่ไหนในการแยกเด็กออกจากผู้ปกครองที่จะถือว่าเป็นการพรากนั้น ยังเป็นปัญหาที่ไม่มีข้อยุติ ความเห็นในทางตำราอธิบายว่า ขึ้นอยู่กับอายุของเด็ก และระดับของความจำเป็นในการดูแลเด็ก ในกรณีของเด็กอายุน้อยหรือเด็กป่วย แม้จะแยกเด็กออกมาในช่วงเวลาสั้น ๆ ก็ถือเป็นการครอบงำประกอบความผิดในส่วนของการพรากแล้ว ศาลฎีกาเยอรมนีวางแนวคำพิพากษาไว้เรื่องหนึ่งว่า ในกรณีของเด็กอายุ 4 ปีที่สุขภาพสมบูรณ์ การแยกเด็กออกจากผู้ปกครองเป็นเวลา 10 นาที ก็ถือเป็นการพรากแล้ว อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาลบดับดังกล่าวได้รับการปฏิเสธจากความเห็นฝ่ายข้างมากเนื่องจากเห็นว่า ช่วงระยะเวลาดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อการใช้อำนาจปกครองของผู้ปกครองแต่อย่างใด ในประเด็นนี้ Wieck – Noodt ให้เหตุผลไว้ว่า โทษอาญาในความผิดฐานพรากเด็กมีอัตราโทษที่สูง (ตามมาตรา 235

¹⁵² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์วัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: หจก.เจริญรัฐการพิมพ์, 2558), น.121. อังโน เมธิยา วงศ์สิงห์, “ปัญหาการตีความคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2563), น. 74.

วรรคแรก บัญญัติโทษไว้ว่า จำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ) การที่จะให้ผู้กระทำผิด รับผิดชอบในทางอาญา ระยะเวลาในการพินิจจึงไม่ควรที่จะเป็นเพียงแก่ชั่วระยะเวลาสั้น ๆ อีกทั้งการจะเป็นการพินิจ หรือไม่ ก็ไม่ควรที่จะพิจารณาแต่ในประเด็นของระยะเวลาของการแยกเด็กจากผู้ปกครองแต่เพียง อย่างเดียว แต่ควรพิจารณาเพิ่มเติมในเรื่องของผลเสียต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นแก่เด็กในระหว่างที่มีการพินิจ รวมถึงตัวเด็กได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ในระหว่างการพินิจหรือไม่ด้วย ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง ที่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะต้องพิจารณาประกอบ หากมีข้อเท็จจริงดังกล่าวแม้จะพินิจ เป็นช่วงเวลาระยะเวลาสั้น ๆ เพียง 2 - 3 นาทีก็ถือว่าเป็นความผิดฐานนี้ ดังนั้น จึงต้องดูข้อเท็จจริง เป็นเรื่อง ๆ ไป สำหรับเด็กเล็กที่ต้องการการดูแลเพียงระยะเวลา 2 - 3 ชั่วโมงก็ถือเป็นการพินิจแล้ว ส่วนเด็กที่โตขึ้นจะถือเป็นพินิจต่อเมื่อช่วงระยะเวลาในการพินิจยาวนานขึ้น ศาลฎีกาเยอรมนี วางแนวทางว่า ในกรณีของเด็กผู้หญิงอายุ 8 ปี การแยกเด็กออกจากผู้ปกครองเป็นเวลา 2 ชั่วโมงถือว่าเป็นการพินิจแล้ว ส่วนเด็กผู้หญิงอายุ 13 ปี จะถือเป็นพินิจก็ต่อเมื่อเวลาผ่านไป 2 วัน 2 คืน¹⁵³

3.2.2 การกำหนดอายุของบุคคลในการให้ความยินยอม

ความผิดฐานพินิจเด็กหรือพินิจผู้เยาว์ กฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดอายุของผู้ถูกกระทำ คือ

1. บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยมุ่งเชื่อว่า จะกระทำอันตราย หรือ โดยใช้อุบาย หรือ

2. เด็ก โดยไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางสายโลหิต

ตามกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เด็ก คือ บุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปีใน ส่วนของความยินยอม ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดระดับของความยินยอมของ บุคคลไว้ 4 ระดับ คือ เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปีถึง 16 ปี ผู้เยาว์อายุระหว่าง 16 ปี ถึง 18 ปี และบุคคลอายุ 18 ปีขึ้นไป โดยแต่ละช่วงอายุบุคคลดังกล่าวจะมีระดับในการให้ความ ยินยอมแตกต่างกัน เช่น

หากผู้ใหญ่มีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปีย่อมมีความผิดตามกฎหมาย แต่หากเด็ก อายุต่ำกว่า 14 ปีมีเพศสัมพันธ์กัน เด็กจะไม่ได้รับโทษ เพราะตามกฎหมายประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ยังมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะได้รับโทษทางอาญา

ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปีถึง 16 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับ ผู้เยาว์ที่อยู่ในช่วงอายุเดียวกันได้ แต่ทั้งนี้ กฎหมายห้ามมิให้ผู้ใหญ่หรือผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปมี

¹⁵³ เพิ่งอ้าง, น.123 – 124, และน.75.

เพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี หากบุคคลที่มีอายุมากกว่าดังกล่าวได้รับมอบให้เป็นผู้ให้การศึกษาศึกษา ฝึกอบรมหรือดูแลแก่ผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี

ผู้เยาว์อายุระหว่าง 16 ปีถึง 18 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับบุคคลใดก็ได้ ยกเว้นเด็ก แต่ทั้งนี้ ผู้ใหญ่ที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี อาจมีความผิดตามกฎหมาย หากบุคคลดังกล่าวโดยใช้ความได้เปรียบจากการได้รับมอบให้เป็นผู้ให้การศึกษาศึกษา ฝึกอบรมหรือดูแลแก่ผู้เยาว์

บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปถือเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์ได้โดยสมัครใจ แต่ทั้งนี้ ต้องมิใช่การมีเพศสัมพันธ์กับพี่น้องหรือบิดามารดา¹⁵⁴

3.3 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ หรือระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี เกิดจากจารีตประเพณีท้องถิ่นอันดั้งเดิม ที่มีการรักษาไว้โดยการปฏิบัติสืบเนื่องกันมาเพื่อให้เกิดความแน่นอนและคงเส้นคงวา และเป็นที่มาอย่างหนึ่งของหลักการยึดถือตามแนวคำวินิจฉัยในคดีก่อนเป็นบรรทัดฐาน

3.3.1 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ในประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติไว้ใน Children Act 1989 Chapter 41 หัวข้อ การพาเด็กไปจากการดูแล มาตรา 49

มาตรา 49 (1) บุคคลจะถือว่ามีความผิดถ้าโดยรู้ และปราศจากอำนาจตามกฎหมายหรือโดยไม่มีเหตุอันควร เขาได้

- (ก) พาเด็กไปจากผู้รับผิดชอบดูแล
 - (ข) กักตัวเด็กไว้ให้ห่างจากผู้รับผิดชอบดูแล
 - (ค) ชักชวน ส่งเสริม ยุยง ให้เด็กหลบหนีจากผู้รับผิดชอบดูแล
- (2) ภายใต้กฎหมายนี้ให้ความคุ้มครองแก่เด็ก ซึ่ง
- (ก) อยู่ในความดูแล
 - (ข) เด็กซึ่งได้รับคำสั่งให้ดูแลเป็นการฉุกเฉิน หรือ

¹⁵⁴ เมธิชา วงศ์สิงห์, “ปัญหาการตีความคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2563), น. 75.

(ค) เด็กซึ่งอยู่ในอารักขาของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และคำว่าผู้รับผิดชอบดูแลเด็กตามมาตรานี้หมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งในขณะนั้นได้ให้การดูแลเด็กตามคำสั่ง หรือคำสั่งดูแลฉุกเฉิน แล้วแต่กรณี

(3) ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรานี้จะถูกลงโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือถูกปรับไม่เกินระดับ 5 ของชั้นมาตรฐานหรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁵⁵

นอกจากนี้ เรื่องการพรางของประเทศอังกฤษ ปรากฏในพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 โดยความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นจากความผิดฐาน Child stealing ซึ่งปรากฏ ในปี ค.ศ. 1814 ต่อมาได้ถูกรวมไว้ในมาตรา 56 ของพระราชบัญญัติ Offence Against the Person Act 1861 และในเวลาต่อมามีมาตราดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 มาตรา 11 (5) จากการผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาที่เห็นว่าการผิดฐาน Child stealing ที่มีอยู่นั้น ไม่เพียงพอและยังมีข้อบกพร่อง เช่น เห็นว่าการลักพา (kidnapping) และการพรางเด็ก (child stealing) ต้องเกิดจากการใช้กำลังหรือหลอกลวง ซึ่งทำให้ไม่ครอบคลุมกรณีที่เด็กไปกับผู้พรางโดยสมัครใจ

¹⁵⁵ Section 49 (1) person shall be guilty of an offence if, knowingly and without lawful authority or reasonable excuse, he

- (a) takes child to whom this section applies away from the responsible person;
 - (b) keeps such a child away from the responsible person ; or
 - (c) induces , assists or incites such a child to run away or stay away from the responsible person
- (2) This section applies in relation to a child who is
- (a) in care;
 - (b) the subject of an emergency protection order; or
 - (c) in police protection

And in this section “the responsible person” means any person who for the time being has care of him by virtue of the care order, the emergency protection order , as the case may be.

(3) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months , or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale , or to both.

พระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 กำหนดความผิดไว้ 2 กรณี
กรณีแรก ตามมาตรา 1 บัญญัติไว้ ดังนี้
มาตรา 1¹⁵⁶ ความผิดฐานพรากเด็กโดยบิดามารดาของเด็ก (Offence of abduction of
child by parent, etc.)

¹⁵⁶ Offence of abduction of child by parent, etc.

(1) Subject to subsections (5) and (8) below, a person connected with a child under the age of sixteen commits an offence if he takes or sends the child out of the United Kingdom without the appropriate consent.

(2) A person is connected with a child for the purposes of this section if—

(a) he is a parent of the child; or

(b) in the case of a child whose parents were not married to each other at the time of his birth, there are reasonable grounds for believing that he is the father of the child; or

(c) he is a guardian of the child; or

(ca) he is a special guardian of the child; or

(d) he is a person named in a child arrangements order as a person with whom the child is to live; or (e) he has custody of the child.

(3) In this section 'the appropriate consent', in relation to a child, means—

(a) the consent of each of the following—

(i) The child's mother;

(ii) the child's father, if he has parental responsibility for him;

(iii) any guardian of the child;

(iiia) any special guardian of the child;

(iv) any person named in a child arrangements order as a person with whom the child is to live;

(v) any person who has custody of the child; or

(b) the leave of the court granted under or by virtue of any provision of Part II of the Children Act 1989; or

(c) if any person has custody of the child, the leave of the court which awarded custody to him.

(4) A person does not commit an offence under this section by taking or sending a child out of the United Kingdom without obtaining the appropriate consent if—

(a) he is a person named in a child arrangements order as a person with whom the child is to live, and he takes or sends the child out of the United Kingdom for a period of less than one month; or

(b) he is a special guardian of the child and he takes or sends the child out of the United Kingdom for a period of less than three months.

(1) ภายใต้อนุมาตรา (5) และ (8) บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี กระทำ ความผิด ถ้าได้พรากหรือส่งเด็กออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษโดยปราศจากความยินยอมที่สมควร

(2) บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็กตามมาตรานี้ คือ

(a) บิดามารดาของเด็ก หรือ

(b) ในกรณีของเด็กที่บิดามารดาได้สมรสกันในเวลาที่เด็กเกิด มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า บุคคลนั้นเป็นบิดาของเด็ก หรือ

(c) ผู้ปกครองของเด็ก หรือ

(d) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งในการจัดการดูแลเด็กตามคำสั่งศาล หรือ

(e) ผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็ก

(3) ตามมาตรานี้ “ความยินยอมที่สมควร” ซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็ก หมายถึง

(a) ความยินยอมดังต่อไปนี้

(i) มารดาของเด็ก

(ii) บิดาของเด็ก กรณีที่บิดามีความรับผิดชอบปกครองดูแลเด็ก

(iii) ผู้ปกครองของเด็ก

(iv) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งในการจัดการดูแลเด็กตามคำสั่งศาล

(v) ผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็ก

(4) บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบภายใต้มาตรานี้ โดยการพาหรือส่งเด็กออกไปนอกราชอาณาจักร อังกฤษ โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมตามสมควร ถ้า

(a) เป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งในการจัดการดูแลเด็กตามคำสั่งศาล และได้พาหรือส่งเด็ก ออกไปนอกราชอาณาจักรอังกฤษเป็นระยะเวลาสั้นกว่า 1 เดือน หรือ

(b) เป็นผู้ปกครองพิเศษของเด็ก และได้พาหรือส่งเด็กออกไปนอกราชอาณาจักรอังกฤษ เป็นระยะเวลาสั้นกว่า 3 เดือน

กรณีนี้ เป็นการพรากเด็กไปโดยพ่อแม่ของเด็ก (Offence of abduction of child by parent, etc.) ครอบคลุมกรณีบิดามารดาหรือบุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับบิดามารดา พรากเด็กออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็ก หรือปราศจากคำสั่งศาล

กรณีที่สอง ตามมาตรา 2 บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 2¹⁵⁷ ความผิดฐานพรากเด็กโดยบุคคลอื่น (Offence of abduction of child by other persons)

(1) ภายใต้อนุมาตรา (3) บุคคลอื่นนอกเหนือบุคคลที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) กระทำ ความผิด ถ้าได้พรากหรือกักขังหน่วงเหนี่ยวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย หรือเหตุอันสมควร---

(a) เพื่อที่จะเอาบุคคลนั้นออกจากอำนาจตามกฎหมายของบุคคลที่มีอำนาจควบคุมเด็ก ตามกฎหมาย

(b) เพื่อที่จะปิดกั้นบุคคลนั้นออกจากอำนาจตามกฎหมายของบุคคลที่มีอำนาจควบคุม เด็กตามกฎหมาย

(2) บุคคลซึ่ง

(a) บิดาหรือมารดาของเด็ก กรณีที่สงสัยว่าบิดามารดาของเด็กสมรสกันขณะเด็กเกิด

(b) มารดาของเด็ก กรณีที่สงสัยว่าบิดามารดาของเด็กมิได้สมรสกันขณะเด็กเกิด

(c) บุคคลอื่นที่ได้อ้างถึงในมาตรา 1 (2) (c) ถึง (e) ข้างต้น

กรณีนี้ เป็นการพรากเด็กไปโดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากบิดามารดา โดยการพาหรือ กักขังหน่วงเหนี่ยวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ออกจากความควบคุมของบิดามารดา ไม่ว่าเด็กจะถูกนำออก นอกราชอาณาจักรอังกฤษหรือไม่ก็ตาม (Offence of abduction of child by other persons)

¹⁵⁷ Offence of abduction of child by other persons.

(1) Subject to subsection (3) below, a person, other than one mentioned in subsection (2) below, commits an offence if, without lawful authority or reasonable excuse, he takes or detains a child under the age of sixteen—

(a) so as to remove him from the lawful control of any person having lawful control of the child; or

(b) so as to keep him out of the lawful control of any person entitled to lawful control of the child.

(2) The persons are—

(a) where the father and mother of the child in question were married to each other at the time of his birth, the child's father and mother;

(b) where the father and mother of the child in question were not married to each other at the time of his birth, the child's mother; and

(c) any other person mentioned in section 1(2)(c) to (e) above.

การพรางเด็กนั้น ก็คือบุคคลนั้นก่อให้เกิดการพาเด็กไป หรือชักชวนเด็กให้ไปกับเขา หรือก่อให้เกิดเด็กไปกับบุคคลอื่น โดยกฎหมายความผิดฐานพรางนี้ เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิครอบครัวของพ่อแม่ หรือผู้ปกครอง

เรื่องความยินยอมที่สมควร ต้องเป็นความยินยอมที่ให้โดยบิดามารดาหรือบุคคลที่มีความรับผิดชอบ เช่น บิดามารดา หากบุคคลดังกล่าวมีมากกว่าหนึ่งคน ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น ๆ ทุกคน ไม่ว่าจะมีความเกี่ยวข้องทางครอบครัวกับเด็กหรือไม่ก็ตาม โดยหลักแล้วความยินยอมอาจได้จากบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือศาลทางใดทางหนึ่งก็ได้ และไม่จำเป็นต้องพิจารณาความยินยอม หากเป็นการเคลื่อนย้ายน้อยกว่า 1 เดือน และได้รับคำสั่งอนุญาตให้ปกครองดูแลเด็ก¹⁵⁸

3.3.2 การกำหนดอายุของบุคคลในการให้ความยินยอม

อายุในการให้ความยินยอมในเรื่องการพรางเด็กและพรางผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศไทย มิได้มีการกล่าวไว้โดยเฉพาะ แต่จากการตีความตามตัวบทกฎหมาย มีความเห็นว่า

1. ความผิดฐานพาเด็ก ใน Children Act 1989 มิได้กำหนดอายุของเด็กที่ถูกพาไว้เด็ก จึงหมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ จากบทกฎหมายดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า

1.1 ในกฎหมายของประเทศไทยตามตัวบทกฎหมายดังกล่าว กล่าวถึงเฉพาะกรณีการพาเด็กไปจากผู้รับผิดชอบดูแลไว้เท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงการพาผู้เยาว์หรือพรางผู้เยาว์ไว้เลย

1.2 การพาเด็กไปจากผู้รับผิดชอบดูแลตามกฎหมายของประเทศไทย เป็นการพาไปจากผู้รับผิดชอบดูแล อาจจะโดยการชักชวน ส่งเสริม ยุยงให้เด็กหลบหนีจากผู้รับผิดชอบดูแล โดยผู้รับผิดชอบดูแลของกฎหมายของประเทศไทยมีความหมายที่กว้างขวาง กล่าวคือผู้รับผิดชอบดูแลยังหมายความรวมถึงบุคคลใด ๆ ซึ่งในขณะนั้นได้ให้การดูแลเด็กตามคำสั่ง หรือคำสั่งดูแลฉุกเฉินแล้วแต่กรณี และยังหมายความรวมถึงเจ้าหน้าที่ตำรวจอีกด้วย

1.3 การให้ความยินยอม เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทยแล้วหากเป็นการพาเด็กไปจากผู้รับผิดชอบดูแล แม้เด็กจะยินยอมเต็มใจไปด้วย ผู้กระทำย่อมมีความผิด

2. ความผิดฐานพรางเด็ก ตามพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 เด็กที่ถูกพรางหมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 16 ปีบริบูรณ์

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายของอังกฤษได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 (The Sexual Offences Act 2003) ซึ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2004 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลจากผู้ที่ทำให้เกิดทางเพศได้มากขึ้น โดยกำหนดให้ความยินยอม

¹⁵⁸ เมธิชา วงศ์สิงห์, *อ้าวแล้ว เริงอรรถที่ 154*, น. 65 - 69.

เกี่ยวกับเพศของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี และหากเป็นการกระทำความผิดต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำจะได้รับโทษหนักขึ้น แบ่งออกได้ตามหลักเกณฑ์อายุผู้เสียหาย ดังนี้

(1) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (Rape of a child under 13)

มาตรา 5 บัญญัติว่า “บุคคลกระทำความผิดทางอาญานข่มขืนกระทำชำเราเด็กเมื่อ บุคคลนั้นโดยเจตนา ใช้อวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าสู่อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปาก ของบุคคลอื่น และผู้ถูกกระทำนั้นมีอายุต่ำกว่า 13 ปี¹⁵⁹ ซึ่งในความผิดฐานนี้ระบุให้ผู้กระทำต้อง เป็นเพศชายเท่านั้น และต้องกระทำโดยใช้อวัยวะเพศตนสอดใส่ต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของเด็กซึ่งไม่จำกัดเพศ และเด็กผู้เสียหายนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยเด็กจะให้ความยินยอม หรือ ไม่ก็ตาม ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

นอกจากนี้ หากผู้กระทำมิได้ใช้อวัยวะเพศตนสอดใส่เข้าสู่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของเด็กต่ำกว่า 13 ปี ตามความในมาตราก่อน แต่ได้ใช้อวัยวะอื่น เช่น นิ้วมือ หรือสิ่งอื่นใด เช่น อวัยวะเพศเทียม สอดใส่ต่ออวัยวะเพศ หรือทวารหนัก ของเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี แทน ตามความ ในมาตรา 6 ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการสอดใส่ (Assault of a child under 13 by penetration)¹⁶⁰ ซึ่งกำหนดโทษไว้เทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก แต่แตกต่างกัน ตรงที่ในความผิดฐานนี้ผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่ เสมือนการมีเพศสัมพันธ์ต่อเด็กนั่นเอง

¹⁵⁹ Section 5 Rape of a child under 13 (1)A person commits an offence if

(a)he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and
(b)the other person is under 13.

(2)A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

¹⁶⁰ Section 6 Assault of a child under 13 by penetration (1)A person commits an offence if(a)he intentionally penetrates the vagina or anus of another person with a part of his body or anything else,

(b)the penetration is sexual, and (c)the other person is under 13.

(2)A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (Sexual assault of a child under 13)

มาตรา 7 บัญญัติว่า “บุคคลนั้นกระทำความผิดฐานอนาจารเด็ก ถ้าสัมผัสต่อตัวเด็ก โดยมีเจตนาในทางเพศ และกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี”¹⁶¹ ซึ่งการสัมผัสทางเพศนั้น นอกจากการสัมผัสด้วยอวัยวะส่วนใดของร่างกายแล้ว ยังรวมถึงการสัมผัสด้วยสิ่งต่าง ๆ ด้วย เช่น อวัยวะเพศเทียม ฯลฯ

(2) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี

สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศ เกณฑ์อายุเด็กในการให้ความยินยอมคือ 16 ปี ซึ่งมีข้อสังเกตว่าหากเด็กเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศก็ย่อมต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน สาเหตุเนื่องจากผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กก็สามารถหาประโยชน์หรือล่อลวงเด็กด้วยตัวเองได้ กฎหมายอังกฤษจึงกำหนดให้การกระทำทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีเป็นความผิด เพื่อปกป้องเด็กที่เป็นเหยื่อ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว เด็กที่มีอายุเท่ากันหรือใกล้เคียงกันมักจะไม่ต้องถูกดำเนินคดีสำหรับการกระทำทางเพศ หากปรากฏว่าทั้งสองสมัครใจยินยอมมีเพศสัมพันธ์ และความยินยอมนี้มีได้เกิดจากการล่อลวงหรือแสวงหาประโยชน์อื่นใด

จึงเห็นว่าในประเทศอังกฤษเด็กที่มีอายุใกล้เคียงกันหรือเท่ากันจะไม่ต้องถูกดำเนินคดีในการกระทำความผิดทางเพศ ถ้าไม่เกิดจากการล่อลวงหรือหาประโยชน์อื่นใด

แนวปฏิบัติของอัยการสำหรับคดีที่ผู้กระทำผิดเป็นเด็ก (CPS Legal Guidance on Youth Offenders) โดยสำนักงานอัยการ (The Crown Prosecution Service) ได้กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับพนักงานอัยการ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่พนักงานอัยการควรพิจารณาในกรณีเมื่อเด็กถูกกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้น โดยจะพิจารณาว่าการดำเนินคดีต่อเด็กผู้กระทำผิดนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่¹⁶² ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่สำคัญในประเด็นนี้ คือการปกป้องคุ้มครองเด็ก โดยรัฐสภาในประเทศอังกฤษไม่ประสงค์ที่จะลงโทษเด็กโดยไม่จำเป็น และกฎหมายอาญาก็มิได้ประสงค์ที่จะเข้าแทรกแซงในส่วนที่ไม่เหมาะสม ซึ่งในการผ่านร่างกฎหมายดังกล่าว

¹⁶¹ Section 7 Sexual assault of a child under 13 (1) A person Commits an offence if - (a) he intentionally touches another person, (b) the touching is sexual, and (c) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

¹⁶² The Crown Prosecution Service, " Prosecution Policy and Guidance," Accessed November 4, 2015, from http://www.cps.gov.uk/news/fact_sheets/sexual_offences/. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 147, น. 110.

Lord Falconer กล่าวว่า “สิ่งที่สำคัญสำหรับพวกเราคือการคุ้มครองเด็ก ไม่ใช่การลงโทษเด็ก ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเด็กนั้นไม่ได้มีการล่วงหรือใช้กำลังการดำเนินคดีเด็ก ฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายยอมไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนและไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กด้วย”

ดังนั้น เมื่อมีการดำเนินคดีแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในความผิดเกี่ยวกับเพศ จะมีขั้นตอนแนวปฏิบัติในการดำเนินคดี The Directors Guidance on Charging¹⁶³ โดยต้องส่งเรื่องผู้สำนักงานอัยการเพื่อให้วินิจฉัยว่าจะดำเนินคดีหรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ต้องหารับสารภาพหรือไม่ ซึ่งพนักงานอัยการจะพิจารณาเด็กคู่กรณีจากองค์ประกอบต่าง ๆ เช่น อายุของคู่กรณี สภาพจิตใจของคู่กรณี คู่กรณีสมัครใจร่วมเพศสัมพันธ์นั้นหรือไม่ มีการบังคับหรือล่วงหรือไม่ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และมีการใช้ประโยชน์จากความเชื่อใจหรือหน้าที่การดูแลเด็กหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้กระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นเด็กตามระเบียบสำหรับอัยการ

ระเบียบสำหรับอัยการ (Code for Crown Prosecutor) กำหนดปัจจัยที่อัยการจะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าสมควรดำเนินคดีผู้ต้องหาในความผิดทางเพศที่เป็นเด็กหรือไม่และการดำเนินคดีเด็กจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ มีองค์ประกอบดังนี้

1. อายุและความเข้าใจ ความรู้สึกนึกคิดของผู้ต้องหา ซึ่งอาจหมายถึงรวมถึงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ต้องหานั้นถูกบุคคลอื่นใช้แสวงหาประโยชน์อย่างไม่ชอบ บังคับ ชูเชิญ หลอกลวง ล่อลวงจนเป็นเหตุให้กระทำความผิดเช่นนั้นหรือไม่
2. อายุของผู้เสียหาย เช่น มีอายุเท่ากัน หรือแตกต่างกันไม่มากจากผู้ต้องหา
3. ผู้เสียหายกระทำกิจกรรมทางเพศโดยสมัครใจหรือไม่ เช่น ผู้เสียหายเข้าใจถึงการกระทำของตนเองหรือไม่ และได้กระทำด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริงและเป็นอิสระหรือไม่
4. ระดับการพัฒนาทางด้านเพศ ร่างกาย จิตใจ และการศึกษาของคู่กรณีมีความเท่าเทียมกันหรือไม่
5. ลักษณะ และระยะเวลาของความสัมพันธ์ของคู่กรณี มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์แบบหนุ่มสาวในวัยรุ่นอย่างแท้จริงหรือไม่
6. มีลักษณะของการใช้ประโยชน์อย่างไม่ถูกต้อง บังคับ ชูเชิญ หลอกลวง ล่อลวงในความสัมพันธ์ของคู่กรณีหรือไม่
7. ลักษณะของการกระทำ
8. สิ่งใดเป็นประโยชน์ที่สุดและดีที่สุดต่อสวัสดิภาพของผู้เสียหาย

¹⁶³ Police Officers and Crown Prosecutors, “The Directors Guidance on Charging,” Accessed October 4, 2015, from https://www.cps.gov.uk/publications/doc/s/dpp_guidance_4.pdf, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 147, น. 109.

9. สิ่งใดเป็นประโยชน์ที่สุดและดีที่สุดในต่อสวัสดิภาพของจำเลย”¹⁶⁴

โดยหลังจากที่พนักงานอัยการได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในระเบียบสำหรับอัยการแล้ว พนักงานอัยการควรให้ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับผู้กระทำผิดเด็กเข้าตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และให้ตัดสินใจในประเด็นสำคัญของคดี โดยเฉพาะการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีเด็กนั้นหรือไม่ นอกจากนี้ ต้องมีการแจ้งให้หัวหน้าของสำนักงานอัยการแห่งนั้น ๆ (Chief Crown Prosecutors) ทราบ ในกรณีที่คดีมีทั้งผู้ต้องหาและผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี และรวมถึงกรณีที่พนักงานอัยการ ไม่ดำเนินคดีต่อเด็ก เนื่องด้วยให้เหตุผลทางพยานหลักฐานหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคดีดังกล่าวทุกคดีต้องได้รับการตรวจสอบโดยอัยการผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งด้านความผิดฐานข่มขืน และด้านเด็ก ทนายที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำคดีเหล่านี้ควรประกอบด้วยผู้ที่เกี่ยวข้องด้านเด็กด้วย

ในกรณีที่ความผิดทางเพศที่กระทำโดยเด็กมีหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินคดีได้ อัยการ ต้องพิจารณาข้อมูลให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อประกอบการประเมินประโยชน์ต่อสาธารณะ ข้อมูลเช่นว่านั้น ได้แก่ข้อมูลเกี่ยวกับภูมิหลังของผู้ต้องหา และพฤติกรรมแวดล้อม ของ ความผิดที่กล่าวหา รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับเหยื่อ การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนนี้อาจส่งผลให้ศาล ทำการตรวจสอบการตัดสินใจของอัยการอีกครั้ง โดยในคดี RV DPP¹⁶⁵ พนักงานอัยการ ได้มีความเห็นสั่งฟ้องเด็กผู้กระทำ ความผิดทางเพศโดยมิได้พิจารณาตามระเบียบสำหรับอัยการ (Code for Crown Prosecutor) ว่าสมควรลงโทษเด็กและเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งศาล ในคดีนี้ได้ตรวจสอบและเพิกถอนการตัดสินใจของอัยการที่สั่งฟ้องเด็ก อันเนื่องด้วยมิได้ทำตาม ระเบียบดังกล่าว

ระเบียบของอัยการ (Code for Crown Prosecutors) ยังกำหนดว่าควรนำความเห็น ของเหยื่อและครอบครัวของเหยื่อมาประกอบการพิจารณาด้วย นอกจากนี้ อัยการควรพิจารณา ประโยชน์ของเด็กผู้กระทำประกอบการประเมินว่าการดำเนินคดีต่อเด็กนั้นจะเป็นประโยชน์ สาธารณะหรือไม่ ในการลงความเห็นว่าจะดำเนินคดีผู้กระทำผิดเด็กหรือไม่นั้น อัยการควรใช้ บทบัญญัติของระเบียบสำหรับอัยการไปในทางที่สอดคล้องกับนโยบายของสำนักงานอัยการที่มีต่อ ผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและความผิดเกี่ยวกับเพศ

ในกรณีที่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายเป็นเด็กซึ่งมีอายุและความรู้สึกนึกคิดเท่ากัน หรือใกล้เคียงกัน ได้มีเพศสัมพันธ์กันด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริง โดยไม่มีการข่มขู่

¹⁶⁴ The Crown Prosecution Service, “Prosecution Policy and Guidance,” Accessed October 4, 2015, from http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/#a26. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 147, น. 110.

¹⁶⁵ R V DPP, ex parte B93 Cr App R 416, (1991). อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 147, น. 110.

บังคับ หรือมีเจตนาทุจริต ในกรณีเช่นว่านี้ทางรัฐสภาไม่มีความประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดที่เป็นเด็กเนื่องจากเห็นว่าการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กจะไม่ก่อให้เกิด ประโยชน์อย่างใดต่อสาธารณะ แต่จะดำเนินการป้องกัน โดยใช้วิธีการให้การศึกษากับเด็ก รวมถึง การจัดให้เด็กและครอบครัวของเด็กนั้นเข้าถึงองค์กรที่ให้คำแนะนำและคำปรึกษาแทน

มาตรการภายหลังยกเว้น โทษเด็กซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัว (Juvenile Court) ในประเทศอังกฤษใช้ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติแต่ไม่ต้อง รับโทษเนื่องด้วยอายุหรือลักษณะคดีหรือเหตุอื่นใด ซึ่งอยู่ในลักษณะที่ต้องได้รับการคุ้มครอง ดูแลเป็นพิเศษ (child in need of care and protection) เมื่อศาลพิจารณาและสืบเสาะจากข้อเท็จจริง ของตัวเด็กหรือเยาวชน ความสัมพันธ์ของครอบครัว นิสัย และพฤติกรรมประกอบต่าง ๆ แล้ว ศาลอาจกำหนดวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิด ดังต่อไปนี้

(1) ศาลเห็นสมควรว่ายังไม่สมควรส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปรับการฝึกอบรมหรือ คุมประพฤติกฎ ศาลอาจปล่อยตัวเด็กได้ทันที โดยไม่มีเงื่อนไขได้ หรืออาจปล่อยตัวเด็กโดยมีเงื่อนไข ห้ามประพฤติผิดซ้ำภายในระยะเวลาที่กำหนด 1 ปี หรือภายใน 1 ปี แต่ไม่เกิน 3 ปีก็ได้

(2) ศาลเห็นสมควรให้เด็กต้องถูกคุมประพฤติภายในระยะเวลาที่กำหนด และอาจสั่ง เพิ่มเติมให้เด็กผู้ถูกคุมประพฤติเข้ารับการบำบัดที่สถานแนะนำทางจิต หรือ Probation Hotel หรือ Probation Home ภายในกำหนดไม่เกิน 1 ปีได้

(3) ศาลอาจส่งตัวเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปี แต่ไม่เกิน 21 ปี เข้ารับการอบรม ยังศูนย์ฝึกอบรม Attendance Center เป็นระยะเวลาไม่เกิน 24 ชั่วโมง โดยสถานที่ดังกล่าว เจ้าหน้าที่ จะอบรมเด็กหรือเยาวชนและส่งเสริมในด้านต่าง ๆ อาทิ ด้านพฤติกรรม ด้านการศึกษา ด้านอาชีพ เป็นต้น

(4) หากศาลพบว่าสาเหตุที่เด็กกระทำความผิดเกิดขึ้นจากปัญหาทางครอบครัว เช่น ครอบครัวแตกแยก เด็กขาดความอบอุ่นหรือเกิดจากสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมต่อตัวเด็ก ศาลอาจสั่งให้ส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปอยู่ในความดูแลของบุคคลที่สามซึ่งเป็นญาติหรือบุคคลอื่น ใดที่เหมาะสมในการดูแลเด็กเป็นระยะเวลาชั่วคราวจนกว่าสถานการณ์ในครอบครัวเด็กจะกลับเป็น ดั้งเดิม ก็ได้ หรือจะให้อยู่ในความดูแลกระทั่งเด็กเติบโตพอที่จะดูแลตนเองได้ซึ่งกำหนดไว้ที่อายุ 18 ปี

(5) ในกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการทั่วไปไม่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชน ให้เติบโตเป็นบุคคลที่ดีในสังคมได้ ศาลอาจสั่งให้ส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปรับการฝึกและอบรม ยังสถานที่ฝึกและอบรมได้ ซึ่งสถานฝึกอบรมมีทั้งแบบระยะสั้นระยะยาว อาทิ Approved School เป็นที่ฝึกอบรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดและรวมถึงเด็กที่ต้องการได้รับการดูแลเป็นพิเศษ

โดยจะมีการสอนทั้งด้านความรู้และวิชาชีพ เพื่อส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีและอยู่ในสังคมได้ ฯลฯ

เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมถือเป็นเด็กที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ ซึ่งในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นสมควรไม่ดำเนินคดีหรือในกรณีมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชน และภายหลังที่เด็กหรือเยาวชนได้รับการยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้ว หากศาลเห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัวเด็ก จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้

จึงเห็นได้ว่าในประเทศอังกฤษ ได้มีมาตรการในการที่จะไม่ดำเนินคดีกับการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้ใหญ่ด้วยกัน และมีมาตรการภายหลังยกเว้นโทษที่ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางเพื่อมิให้เด็กไปกระทำความผิดซ้ำอีก

3.4 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศไทย มีวัฒนธรรมทางกฎหมายมาหลายร้อยปี การศึกษากฎหมายของประเทศญี่ปุ่น จึงต้องศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

3.4.1 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้ใหญ่

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร โดยความผิดฐานพรากผู้ใหญ่ในประเทศญี่ปุ่น ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น (Penal code) บทที่ 33 ซึ่งเป็นบทที่เกี่ยวกับความผิดอาญาอันเกิดจากการลักพาตัวโดยใช้กำลัง หรือโดยการล่อลวง¹⁶⁶ มีมาตราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวรวม 6 มาตรา ตั้งแต่ มาตรา 224 ถึงมาตรา 229 เช่น

มาตรา 224 (การลักพาตัว) ผู้ใดพรากผู้ใหญ่ โดยใช้กำลังข่มขู่ น้อฉล หรือล่อลวง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี¹⁶⁷

¹⁶⁶ UNAFEI : Criminal Justice Legislation of Japan. The Penal Code, XXXIII Crime of kidnapping by Force or Enticement.

¹⁶⁷ Article 224 : (Kidnapping or Abduction) A person who kidnaps a minor by force, threat, fraud or enticement shall be punished with imprisonment at forced labor for not less than three months nor more than five years.

มาตรา 225 ผู้ใดเอาตัวบุคคลอื่น โดยใช้กำลังข่มขู่ ใช้อิทธิพลหรือหลอกลวง เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ เพื่อให้เกิดการผิดศีลธรรม หรือการแต่งงาน ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี แต่ไม่เกินสิบปี¹⁶⁸

มาตรา 225 – 2 ผู้ใดเอาตัวบุคคลอื่น เพื่อจุดประสงค์ที่จะเรียกร้อยให้ญาติ หรือผู้ซึ่งหวังใยในความปลอดภัยของผู้ถูกเอาตัวไปมอบให้ซึ่งทรัพย์สิน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต¹⁶⁹

มาตรา 226 ผู้ใดเอาตัวบุคคลอื่น โดยใช้กำลังข่มขู่ ใช้อิทธิพลหรือหลอกลวงเพื่อจุดประสงค์ในการพาบุคคลนั้นออกไปจากประเทศญี่ปุ่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปี¹⁷⁰

มาตรา 227 ผู้ใดให้ความช่วยเหลือร่วมมือ กับบุคคลซึ่งได้กระทำความผิดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 และมาตรา 225 โดยการรับไว้ กักตัว ซ่อนตัว บุคคลผู้ซึ่งถูกลักพาตัว หรือถูกขาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี¹⁷¹

มาตรา 228 การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 224 225 วรรค 1 ของมาตรา 225 –2, มาตรา 226 วรรค 1 ถึงวรรค 3 และส่วนต้นของวรรค 4 ของมาตราก่อนหน้านี้นี้จะถูกลงโทษเช่นกัน ¹⁷²

¹⁶⁸ Article 225 : (kidnapping or Abduction for Profit) A person who kidnaps another by force, threat fraud or enticement for the purpose of profit, immorality , or marriage shall be punished with imprisonment at forced labor for not less than one year nor more than ten years.

¹⁶⁹ Article 225 – 2 : (kidnapping or Abduction for Ransom) A person who kidnaps or abducts another for the purpose of making his or her near relative or any other person who is concerned about the safety of the kidnapped or abducted person surrender any property , trading on his concern shall be punished with imprisonment at forced labor for life or for not less than three years

¹⁷⁰ Article 226 : (kidnapping or Abduction for Transportation to Foreign Country ; Traffic in Persons) A person who kidnaps another by force , threat , fraud or enticement for the purpose of transporting the same person outs of japan shall be punished with imprisonment at forced labor for limited term of not less than two years.

¹⁷¹ Article 227; (Assistance in kidnapping or Abduction, Receiving Kidnapped or Abducted Person) A Person who, for the purpose of assisting another who has committed a crime provided for in Article 224, 225 or the preceding Article, received, confines or conceals a person who has been kidnapped, abducted or sold, shall be punished with imprisonment at forced labor for not less than three months nor more than five years

¹⁷² Article 228 (Attempts) attempts to commit the crimes provided for in Article 224, 225, paragraph 1 of Article 225 – 2, Article 226 and paragraph 1 to 3 and former part of paragraph of the preceding Article shall be punished

ตามด้วยบทกฎหมายดังกล่าว กล่าวถึงเฉพาะกรณีการพรากรผู้เยาว์ไว้เท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงการพรากรเด็กไว้เลย จึงเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมิได้มีการแบ่งแยกเด็กและผู้เยาว์ออกจากกัน ซึ่งคำว่า “ผู้เยาว์” ของประเทศญี่ปุ่น คือ บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีลงมา แต่ในขณะที่กฎหมายบางฉบับของประเทศญี่ปุ่น เช่น “Child Welfare Laws of Japan 1979” ได้กล่าวถึงเด็กไว้ โดยให้ความหมายว่า “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี อายุในการให้ความยินยอมในเรื่องการพรากรผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น มิได้มีการกล่าวไว้โดยเฉพาะ แต่จากการตีความตามด้วยบทกฎหมาย มาตรา 224 มีความเห็นว่า ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ในทุกช่วงอายุ

ในความคิดฐานพรากรผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนั้น บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น (Penal code) บทที่ 33 มีมาตราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพรากรผู้เยาว์ เพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 224 ซึ่งวางหลักว่า ผู้ใดพรากรผู้เยาว์ โดยใช้กำลังข่มขู่ ใช้อลหรือหลอกลวงเป็นความผิด ซึ่งบทกฎหมายดังกล่าวเป็นบทที่เกี่ยวกับความผิดอาญาอันเกิดจากการลักพาตัวโดยใช้กำลัง หรือโดยการล่อลวงผู้อื่นให้อยู่ภายใต้อำนาจของตน โดยความผิดจะสำเร็จเมื่อมีการเคลื่อนที่จากจุดที่อยู่ขึ้นไป การล่อลวงโดยการพุดจาหรือทำให้เข้าใจผิด รวมถึงการล่อลวงโดยการบอกว่า หากยอมเป็นภรรยาจะจ่ายเงินค่าจ้างสูงหรือให้กิโมโน ก็ถือเป็นการล่อลวงตามมาตรานี้ด้วย¹⁷³ การล่อลวงนั้นไม่จำเป็นต้องนำความจริงมาพุดเท็จเพื่อให้ผู้เสียหายหลงเชื่อและเข้าใจผิด¹⁷⁴ จากบทกฎหมายดังกล่าวจะเห็นว่า การพรากรผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ความคุ้มครองตามกฎหมาย ถือเป็นสิทธิของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงที่มีต่อผู้เยาว์ โดยไม่คำนึงถึงอิสรภาพของผู้เยาว์ที่ถูกพรากรไป¹⁷⁵ แต่หากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ใช้อำนาจปกครองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กระทำการพรากรผู้เยาว์โดยใช้กำลัง ในขณะที่แยกกันอยู่กับผู้ใช้อำนาจปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย เพราะครอบงำประกอบความผิด แต่เหตุที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองคนหนึ่ง จึงเป็นเหตุให้ยกเว้นความผิดได้¹⁷⁶ จะเห็นได้ว่า การพรากรตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น มีการระบุการกระทำไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นความผิด เช่น กระทำโดยใช้กำลังข่มขู่หรือล่อลวง เป็นต้น

¹⁷³ คำพิพากษาฎีกาแก้โทษ 12 · 12 · 3 วันที่ 1 ตุลาคม 2 · 915. อ้างใน “Yuhikaku,” Hanrei Roppo Professional, (The Statute and Precedent Professional), 2013, p.1670.

¹⁷⁴ คำพิพากษาฎีกาแก้โทษ 7 · 10 · 16 วันที่ 1 ตุลาคม 24 · 1268. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 173, p.1670.

¹⁷⁵ คำพิพากษาศาลสูงฟูกุโอะกะปีโซวะ 31 · 4 · 14 อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 173, p.1670.

¹⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาปีเฮเซ 17 · 12 · 6. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 173, p.1670.

3.4.2 การกำหนดอายุของบุคคลในการให้ความยินยอม

เมื่อพิจารณาความผิดฐานพรากผู้เยาว์จากตัวบทกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นแล้ว เห็นว่า ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ หากการกระทำนั้นมิได้เกิดจากการข่มขู่ หลอกลวง หรือสำคัญผิด ประการใดประการหนึ่ง

ในขณะที่ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ของประเทศญี่ปุ่นนั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น (Japan Penal Code) มาตรา 177¹⁷⁷

มาตรา 177 บัญญัติว่า บุคคลที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือข่มขู่โดย บังคับกระทำการทางเพศกับผู้หญิงอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกโดยเด็ดขาด ไม่น้อยกว่าสามปี ให้ใช้กับบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้หญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีเช่นเดียวกัน

พบว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 177 กำหนดอายุในการให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ คือ อายุตั้งแต่ 13 ปี ขึ้นไป ซึ่งหากกรณีไม่ยินยอม มีการบังคับกระทำทางเพศไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกาย หรือการข่มขู่ตามบทบัญญัตินี้ หากเป็นการยากที่จะขัดขืนอีกฝ่ายหนึ่งก็เป็นความผิดแล้ว¹⁷⁸ อีกทั้งการข่มขืนจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อมีการสอดใส่อวัยวะเพศเป็นหลัก ไม่ถึงขนาดต้องมีการร่วมเพศสำเร็จ¹⁷⁹

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่า ขอบเขตความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายต่างประเทศ ในความผิดเกี่ยวกับพรากจะมุ่งเน้นไปที่การลักพาตัวเป็นสำคัญ หรือมีการพรากโดยการล่อลวง ข่มขู่ ใช้อำนาจ จึงจะเป็นความผิด และเมื่อศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ในต่างประเทศได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์ โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการนำหลัก Romeo and Juliet มาใช้ และในบางมลรัฐที่ไม่ได้บัญญัติหลักนี้ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย แต่ก็มีให้เห็นว่า การที่ลงโทษผู้เยาว์เฉกเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ในความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงได้พิพากษาในทำนองเดียวกันว่า บุคคลหนึ่งไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายได้ หากบุคคลนั้นเองก็มีอายุไม่ถึงเกณฑ์

¹⁷⁷ Article 177 of the Japanese Penal Code

A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

¹⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาปีโจษะ 24·5·10 อาญา 3·6·711. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 173, p.1656.

¹⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาเท่าโทษ 2·11·19 บันทึกออาญา 19·1255, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 173, p. 1656.

ที่จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ ในประเทศอังกฤษ กฎหมายเปิดช่องให้พนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องได้ ถ้าการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ โดยคำนึงถึงการปกป้องเด็กหรือผู้เยาว์เป็นสำคัญ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดระดับของความยินยอมของบุคคลไว้ 4 ระดับ โดยหากเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปีมีเพศสัมพันธ์กัน เด็กจะไม่ได้รับโทษ เพราะตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ยังมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะได้รับโทษทางอาญา ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปี ถึง 16 ปี และอายุระหว่าง 16 ปี ถึง 18 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับผู้เยาว์ที่อยู่ในช่วงอายุเดียวกันได้ บุคคลอายุ 18 ปี ขึ้นไป มีอำนาจให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ ในส่วนของประเทศญี่ปุ่น ไม่ได้กล่าวถึงความผิดฐานพรากเด็กไว้โดยเฉพาะ แต่มีการกล่าวถึงความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไว้ โดยจะมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ต่อเมื่อมีการใช้กำลังข่มขู่ หน่อฉล หรือหลอกลวง มิได้กล่าวถึงกรณีการกระทำอนาจารไว้เลย ซึ่งเมื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศ จะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น กำหนดอายุในการให้ความยินยอม คือ ตั้งแต่ 13 ปีขึ้นไป ซึ่งเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศ กำหนดอายุไว้ค่อนข้างน้อย จึงไม่ค่อยมีประเด็นในเรื่องอายุในการให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์

ตารางเปรียบเทียบการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและเสรีภาพ รวมทั้งข้อยกเว้น
กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ

ที่	ประเทศ	ฐานความผิด	ความยินยอม	ข้อยกเว้น
1	สหรัฐอเมริกา	กระทำชำเรา	อายุในการให้ความยินยอมแตกต่างกันไปแต่ละมลรัฐ	หลัก Romeo and Juliet เป็นเหตุยกเว้นโทษของการกระทำความเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่มีอายุใกล้เคียงกัน โดยความยินยอม
		พรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร	ผู้ใช้อำนาจปกครอง	ประสงค์จะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา จะถือว่า การกระทำขาดเจตนาเพื่อการอนาจาร
2	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	กระทำชำเรา	อายุ 18 ปีขึ้นไป	แบ่งอายุในการให้ความยินยอมออกเป็น 4 ระดับ โดยในแต่ละระดับจะไม่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ข้ามช่วงอายุได้
		พรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร	ผู้ใช้อำนาจปกครอง	ไม่ปรากฏในฉบับกฎหมาย
3	อังกฤษ	กระทำชำเรา	อายุ 16 ปีขึ้นไป	หลักประ โยชน์สาธารณะ กฎหมายเปิดช่องให้พนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องได้ ถ้าการดำเนินคดีไม่เป็นประ โยชน์สาธารณะ
		พรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร	ผู้ใช้อำนาจปกครอง	ไม่ปรากฏในฉบับกฎหมาย
4	ญี่ปุ่น	กระทำชำเรา	อายุ 13 ปีขึ้นไป	ไม่ปรากฏข้อมูล เนื่องจากมีการกำหนดอายุในการให้ความยินยอมค่อนข้างน้อย
		พรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร	ผู้ใช้อำนาจปกครอง	ไม่ปรากฏในฉบับกฎหมาย
5	ไทย	กระทำชำเรา	อายุ 15 ปีขึ้นไป	เป็นการกระทำของบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี โดยความยินยอม
		พรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร	ผู้ใช้อำนาจปกครอง	ประสงค์จะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา จะถือว่า การกระทำขาดเจตนาเพื่อการอนาจาร

บทที่ 4

วิเคราะห์เหตุผลในการยกเว้นโทษ กรณี การพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์ เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319

การดำเนินคดีความผิดกรณีการพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ที่เกิดจากความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกันนั้น ประเทศไทยสมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดและสมควรที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดหรือไม่ และสมควรที่จะนำเอามาตรการอื่นมาใช้บังคับแทนการลงโทษ เพื่อกำหนดเหตุยกเว้นโทษ โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก มาใช้ในความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจารได้หรือไม่นั้น จำเป็นต้องศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับกฎหมายของนานาประเทศที่กำหนดเหตุยกเว้นโทษในกรณีดังกล่าวไว้ เพื่อที่จะนำมาปรับใช้ในความผิดฐานพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันได้อย่างเหมาะสมและเกิดประโยชน์กับสังคมโดยรวม โดยผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ต่อไป

4.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาของการดำเนินคดีความผิดฐานพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน

ปัจจุบัน นานาอารยประเทศได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็ก เพราะเด็กเปรียบเสมือนกับผ้าขาวที่รอการแต่งแต้มสีสันให้สวยงาม เป็นกำลังสำคัญของประเทศชาติในอนาคต หลายประเทศได้ให้ความสำคัญกับการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ ภายได้หลักการที่สำคัญ คือ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งประเทศไทยได้ให้ความสำคัญกับการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ ไว้เช่นกัน เพื่อให้อนุวัติการเป็นไปตามหลักกฎหมายสากล ดังปรากฏในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ของประเทศไทยหลายฉบับ อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งให้ความสำคัญด้านศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ด้านความเสมอภาค เสรีภาพในการดำเนินชีวิต ไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และในด้านต่าง ๆ ซึ่งมีการบัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิเด็กไว้อย่างชัดเจน พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก

พ.ศ. 2546 ที่มุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เด็กในด้านต่าง ๆ ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ รวมถึงการสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ การพัฒนาและฟื้นฟู โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการในด้านต่าง ๆ ที่ดีเหมาะสมในแต่ละช่วงตามวัย เพื่อให้เด็กเป็นบุคลากรที่สำคัญในการพัฒนาประเทศชาติต่อไป และกฎหมายอีกหลายฉบับที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับตามที่กล่าวมา ได้มีการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง พัฒนา เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ในแต่ละยุคแต่ละสมัย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเหมาะสมกับสภาพของสังคมในยุคสมัยนั้น ๆ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประโยชน์สูงสุด

ท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงในโลกยุคปัจจุบัน ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงไปมากอย่างรวดเร็วจากในอดีต ที่ในอดีตการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ เป็นไปได้โดยยาก ไม่ว่าจะเป็นการค้นคว้าหาข้อมูลในด้านต่าง ๆ หรือจะเป็นการเข้าถึงสื่อลามกอนาจาร แตกต่างกับในปัจจุบัน การติดต่อสื่อสาร การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ สามารถกระทำได้ง่ายผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ต สื่อสังคมออนไลน์ต่าง ๆ จากข้อมูลสำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม¹⁸⁰ พบว่า ปัจจุบัน มีแนวโน้มการใช้อินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นในแต่ละช่วงปี เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 47.5 ในปี 2559 เป็นร้อยละ 77.8 ในปี 2563 โดยพบว่ากลุ่มอายุที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตสูงสุด คือกลุ่มอายุ 15 – 24 ปี ร้อยละ 98.4 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการเข้าถึงข้อมูลในแอปพลิเคชันต่าง ๆ เช่น Facebook, Twitter, Line และแอปพลิเคชันอื่น ๆ จำนวนถึงร้อยละ 92 โดยมีอุปกรณ์ที่เหมือนเป็นปัจจัยที่ 5 ที่ทุกคนทุกบ้านจะต้องมีติดตัว และสามารถเข้าถึงเป็นเจ้าของได้โดยง่าย คือโทรศัพท์มือถือแบบสมาร์ตโฟน ซึ่งเป็นอุปกรณ์ที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่ใช้ในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ โดยอินเทอร์เน็ต มีปริมาณสูงมากถึง ร้อยละ 99.2 จะเห็นได้ว่า การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ มีการเปลี่ยนแปลงไปจากอดีตค่อนข้างมาก จากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารโดยโทรศัพท์ วิทยุ หนังสือ โทรศัพท์ โทรเลข หรืออุปกรณ์อื่นใด เป็นการเข้าถึงข้อมูลโดยอินเทอร์เน็ต ในการเข้าใช้แอปพลิเคชันต่าง ๆ ซึ่งยากต่อการควบคุมดูแล โดยมีกฎหมายที่ควบคุมดูแลในเรื่องดังกล่าว ทั้งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287¹⁸¹ พระราชบัญญัติองค์กร

¹⁸⁰ สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, สรุปผลที่สำคัญ สํารวจการมีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2563, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2564), น. 19 – 26.

¹⁸¹ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 287 บัญญัติว่า ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร

จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553¹⁸² มาตรา 14¹⁸³ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 (ฉบับที่ 2) และบทบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว โดยเหตุผลที่ว่า ปัจจุบันระบบ คอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญ ของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำ ด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้

พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอัน ลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว จำแจกหรือแสดงออกแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาหรือไขข่าวว่าวัตถุ หรือ สิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁸² ดู พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการกระจายเสียงกิจการ โทรทัศน์และ กิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

¹⁸³ พระราชบัญญัติ ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 14 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินห้าปี หรือ ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือน หรือ ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหาย แก่ ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิด ความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคง ในทางเศรษฐกิจของ ประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประ โยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิด ความตื่นตระหนกแก่ ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง แห่ง ราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูล คอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)

หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว¹⁸⁴ ลือจึงมีบทบาทสำคัญในการเป็นต้นแบบ และมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อกระบวนการเรียนรู้ของเด็กหรือผู้เยาว์ หากเนื้อหาที่นำเสนอผ่านสื่อเหมาะสมและเป็นประโยชน์ ก็จะนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้เป็นแนวปฏิบัติของตนในสังคม แต่หากเป็นเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม เด็กหรือผู้เยาว์ก็จะเรียนรู้และนำไปสู่การมีทัศนคติที่ว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องปกติ และเป็นที่ยอมรับในสังคม¹⁸⁵ ฉะนั้น การเสฟสื่อจากบุคคลที่ยังมีวุฒิภาวะที่ไม่เพียงพอ อาจก่อให้เกิดพฤติกรรมการลอกเลียนแบบ และอาจสร้างความผิดอาญาโดยเฉพาะในความคิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งบุคคลที่อยู่ในวัยนี้ มีความอยากรู้อยากลองในเรื่องดังกล่าวเป็นทุนอยู่แล้ว ประกอบกับฮอว์โมน และความเปลี่ยนแปลงของสรีระร่างกายที่กระตุ้นเร้าทำให้เกิดการกระทำดังกล่าวขึ้นได้

กฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามกรณีศึกษา คือ มาตรา 317 และมาตรา 319 ตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมในช่วงเวลานั้น ๆ จำนวน 3 ครั้ง เป็นการเพิ่มเติมโทษของการกระทำความผิดให้สูงขึ้น และเพิ่มเติมอายุของผู้เยาว์ให้ได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น แต่ยังคงหลักการคุ้มครองอำนาจการปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง คือ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

จากการศึกษาความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควร ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และผู้ใดที่ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากไว้ โดยทุจริต จะมีความผิดเช่นเดียวกับผู้พราก และจะมีความผิดหนักขึ้น หากเป็นการกระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร

¹⁸⁴ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

¹⁸⁵ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ จริยธรรมสื่อโทรทัศน์กับผลกระทบต่อพัฒนาการของเด็ก ศึกษาเปรียบเทียบโทรทัศน์ดิจิทัลช่องที่ได้รับความนิยม ช่วงตุลาคม 2557 และมกราคม 2558, น. 6 – 10.

คำพิพากษาฎีกาที่ 8767/2561 คำว่า “พา” หมายความว่า นำไปพาไป ส่วนคำว่า “พราก” หมายความว่า การพาไปหรือแยกเด็กออกไปจากอำนาจปกครองดูแลทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดาเด็กถูกรบกวนหรือกระทบกระเทือน โดยบิดามารดาเด็กไม่รู้เห็นยินยอมอันเป็นการมุ่งหมายเพื่อยึดครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลที่มีต่อเด็ก มิให้ผู้ใดล่วงละเมิดด้วยการพาไปหรือแยกเด็กออกไปจากความปกครองดูแล โดยไม่จำกัดว่ากระทำด้วยวิธีใดและไม่คำนึงถึงระยะเวลาใกล้ไกล ดังนั้น การที่จำเลยใช้กลวิธีด้วยการตะโกนเรียกผู้เสียหายที่ 2 ให้เข้าไปหาจำเลยและแม่ที่เกิดเหตุจะอยู่ห่างจากบริเวณที่ผู้เสียหายที่ 2 เล่นอยู่กับเพื่อนเพียง 7 เมตร กับแม่จะอยู่ในบริเวณอุ้งมือรถด้วยก็ตาม ถือได้ว่าจำเลยพาผู้เสียหายที่ 2 ไป และพรากผู้เสียหายที่ 2 ไปเสียจากผู้เสียหายที่ 1 การกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นความผิดฐานพาเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเพื่อการอนาจาร และฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเพื่อการอนาจาร

คำพิพากษาฎีกาที่ 2982/2562 ผู้เสียหายที่ 2 วิ่งไปหาจำเลย จำเลยกอดผู้เสียหายที่ 2 แล้วจูบหน้าผาก จากนั้นถอดกางเกงผู้เสียหายที่ 2 ออกแล้วอุ้มผู้เสียหายที่ 2 ใช้นิ้วมือสอดเข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหายที่ 2 โดยไม่ปรากฏว่าจำเลยอุ้มผู้เสียหายที่ 2 ไปที่อื่น จำเลยล่วงเกินทางเพศผู้เสียหายที่ 2 ตรงบริเวณที่พบผู้เสียหายที่ 2 นั้นเอง เท่ากับว่าผู้เสียหายที่ 2 มาหาจำเลยเองด้วยความเต็มใจ จำเลยมิได้พาผู้เสียหายที่ 2 มา อีกทั้งมิได้เหนี่ยวรั้งผู้เสียหายที่ 2 ไว้ เช่นนี้ ย่อมถือไม่ได้ว่าจำเลยมีการกระทำด้วยประการใดอันเข้าลักษณะเป็นการพรากผู้เสียหายที่ 2 ไปเสียจากผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งจะกระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 1 จำเลยจึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม และย่อมไม่มีความผิดฐานพาผู้เสียหายที่ 2 เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเพื่อการอนาจารด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 4087/2562 โจทก์ร่วมที่ 1 ไปที่กระท่อมของจำเลย จำเลยข่มขู่โจทก์ร่วมที่ 1 ไม่ให้ออกจากกระท่อม เพื่อต้องการกระทำชำเราโจทก์ร่วมที่ 1 โดยโจทก์ร่วมที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ปกครองไม่ทราบเรื่องและไม่ยินยอมให้โจทก์ร่วมที่ 1 อยู่ภายในกระท่อมกับจำเลย ทั้งนี้ ไม่ว่าโจทก์ร่วมที่ 1 ซึ่งยังเป็นเด็กอยู่ที่ใด หากบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่เด็กอยู่ ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตลอดเวลา การที่จำเลยไม่ยอมให้โจทก์ร่วมที่ 1 ออกจากกระท่อมของจำเลยเป็นการแยกอำนาจปกครองโจทก์ร่วมที่ 1 ออกจากโจทก์ร่วมที่ 2 แม้เพียงชั่วคราวก็เป็นการพรากเด็กแล้ว เมื่อจำเลยพรากโจทก์ร่วมที่ 1 ไปจากโจทก์ร่วมที่ 2 แล้ว กระทำชำเราโจทก์ร่วมที่ 1 การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อการอนาจาร

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 เป็นการพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควร

หมายความว่า พาไปหรือแยกเด็กไปจากอำนาจปกครองดูแล ทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลถูกระงับกระเทือน โดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลไม่ได้รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ไม่ว่าเด็กจะอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังดูแลเอาใจใส่ เด็กยังยอมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลอยู่

จากการศึกษาความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 พบว่าเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ไปเพื่อการหาทำหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย และผู้ใดที่ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากไว้โดยทุจริต จะมีความผิดเช่นเดียวกับผู้พราก ความผิดตามมาตรา 319 นี้แม้เกิดจากความยินยอมของผู้เยาว์ก็เป็นความผิด หากเป็นการกระทำเพื่อหาทำหรือเพื่อการอนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกา 2049/2550 การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอด จูบ ลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางที่ไม่สมควรก็เป็นอนาจารแล้ว ส่วนการกระทำชำเรานั้นเป็นการกรำถึงขั้นใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะหญิง การกระทำชำเรารวมการกระทำอนาจารอยู่ในตัว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2245/2537 แมื่บิดามารดาของผู้เสียหายจะออกไปนอกบ้านขณะที่ผู้เสียหายออกจากบ้านและจำเลยพาไปทิ้งนาก็ตาม ยังถือว่าผู้เสียหายอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปนอนค้างคืนที่ทิ้งนาค้นในสวน โดยผู้เสียหายเต็มใจไปด้วย แล้วจำเลยได้กอดปล้ำ หอมแก้ม และจับหน้าอกผู้เสียหาย ถือได้ว่า จำเลยกระทำการอันไม่สมควรทางเพศต่อผู้เสียหาย จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เสียหายไปเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 วรรคแรก

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือดูแล โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย โดยมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อหาทำหรือเพื่อการอนาจาร “พราก” หมายความว่า “พาไป หรือแยกเด็กออกไปจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลเด็กถูกรบกวน หรือถูกระงับกระเทือน”¹⁸⁶ อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครอง ของบิดามารดาเด็ก”¹⁸⁷ การ “พราก” อาจเป็นการพาไปชั่วคราวก็ได้¹⁸⁸ เช่น เพียง 5 ชั่วโมง¹⁸⁹ ไม่ต้องพาให้พ้นไปเลย แม้ในที่สุดจะนำตัวกลับมาคืนก็เป็นความผิดสำเร็จไปแล้ว

¹⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3152/2543

¹⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4287/2548

¹⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540

¹⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1605/2523

การพรางไม่จำเป็นต้องมีการหลอกลวงเด็กแต่อย่างใด เพียงแต่ชักชวนและแนะนำเด็กให้ไปด้วย โดยมีได้หลอกและเด็กเต็มใจไปด้วย ก็เป็นการพรางแล้ว¹⁹⁰

ซึ่งการพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์ ต้องไม่ใช่กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์เป็นฝ่ายไปหาผู้กระทำความผิดเอง หรือนักผู้กระทำความผิดให้มาพบเอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 19958/2555 ความผิดฐานพรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 แม้จะมุ่งคุ้มครองมิให้ผู้ใดมาก่อการรบกวน หรือกระทำการใด ๆ อันจะกระทบต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก แต่กรณีจะเป็นความผิดดังกล่าวได้จะต้องมีการกระทำที่เป็นการพราง ซึ่งหมายถึงการพาไปเสียประกอบด้วย การที่เด็กทั้งห้ามาที่ห้องพักของจำเลยด้วยความสมัครใจ จำเลยไม่เคยเป็นผู้พามา และเด็กทั้งห้าสามารถกลับบ้านของตนเองได้เสมอหากต้องการเช่นนั้น เช่นนี้จำเลยจึงมิได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการพรางเด็กทั้งห้าไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล จำเลยย่อมไม่มีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 7855/2549 ผู้เสียหายรู้จักกับจำเลยจากการแนะนำของนางสาว ศ. ซึ่งเป็นเพื่อนของผู้เสียหาย เพราะจำเลยต้องการร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย และในวันเกิดเหตุผู้เสียหายกับนางสาว ศ. พากันไปบ้านจำเลย โดยผู้เสียหายทราบแต่แรกแล้วว่า การไปบ้านจำเลย เพราะจำเลยประสงค์จะขอร่วมประเวณี เมื่อมีโอกาสอยู่ด้วยกันสองคนขณะนางสาว ศ. ขับรถจักรยานยนต์ออกจากบ้านจำเลยไป จำเลยบอกให้ผู้เสียหายถอดเสื้อผ้า ผู้เสียหายก็ถอดเอง หลังจากร่วมประเวณีแล้ว ผู้เสียหายก็ยอมรับเงินจากจำเลยโดยไม่ได้แสดงอาการปฏิเสธ และเมื่อนางสาว ศ. กลับมารับผู้เสียหาย จำเลยก็ไม่ได้ขัดขวาง ก่อปรกัษณะเกิดเหตุผู้เสียหายอายุ 14 ปี มีการศึกษาถึงระดับมัธยมและไม่ถึงกับไร้เดียงสา เพราะผู้เสียหายได้ยอมรับในการเบิกความตอบคำถามค้านว่า ผู้เสียหายเคยร่วมประเวณีกับชายอื่นมาก่อน แสดงว่าผู้เสียหายอยู่ที่บ้านจำเลย ผู้เสียหายมีอิสระในการเคลื่อนไหว ไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการตัดอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้เสียหาย จึงไม่มีความผิดฐานพรางผู้เยาว์

อย่างไรก็ตาม หากเด็กหรือผู้เยาว์เป็นฝ่ายไปหาผู้กระทำความผิดเอง แต่ต่อมาเด็กหรือผู้เยาว์ประสงค์จะกลับ แต่ผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับ การกระทำดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการพรางเช่นกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 8141/2559 ผู้เสียหายที่ 2 เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ยังอยู่ในความปกครองของมารดา แม้ผู้เสียหายที่ 2 จะเดินทางไปยังห้องที่เกิดเหตุเองก็ตาม ก็ต้องถือว่าเป็นการพราง

¹⁹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2858/2540

ผู้เสียหายที่ 2 ยังอยู่ในอำนาจปกครองของมารดาตลอดเวลา เมื่อผู้เสียหายที่ 2 จะออกจากห้องไป จำเลยเข้าขัดขวางบังคับ ประตุ ล้อคคอกไม่ให้ออกจากห้องเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา ถือว่าเป็นการแยกจากอำนาจปกครองของมารดา เป็นการรบกวนหรือกระทบกระเทือนอำนาจปกครองของมารดา หรือล่วงละเมิดอำนาจปกครองของมารดา จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เด็กเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม

จากแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่า กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์ไปหาผู้กระทำความผิดเอง โดยเด็กหรือผู้เยาว์ทราบแต่แรกแล้วว่าการไปหาผู้กระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดประสงค์จะขอร่วมประเวณี หากผู้กระทำความผิดมิได้มีพฤติการณ์ในการขัดขวางหรือกระทำการอื่นใด อันเป็นการแยกจากอำนาจปกครอง หรือเป็นการรบกวนกระทบกระเทือนอำนาจปกครอง หรือล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง จะไม่ถือว่าเป็นการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 ซึ่งหากเป็นตามกรณีศึกษา การกระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์จะมีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 ทั้งที่การกระทำดังกล่าวเกิดจากความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์อาจไม่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว เพราะการกระทำของเด็กหรือผู้เยาว์แม้จะมีการพรากไป แต่การกระทำดังกล่าวก็เกิดจากความยินยอมของบุคคลทั้งสองฝ่าย ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมโดยผลของกฎหมายได้ด้วยกันทั้งคู่ อีกทั้งมิได้มีการบังคับขืนใจซึ่งกันและกัน และเด็กหรือผู้เยาว์ที่เป็นผู้เสียหายก็สามารถที่จะกลับออกไปหรือแยกจากกันไปได้เสมอหากมีความประสงค์เช่นนั้น การดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 อาจไม่ก่อให้เกิดการอำนวยความยุติธรรมให้กับเด็กหรือผู้เยาว์อย่างแท้จริง

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร การกระทำความผิดทั้งสองฐานนี้ มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ การให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิให้ถูกรบกวนหรือถูกกระทบกระเทือนในการให้การศึกษาอบรมสั่งสอนว่ากล่าวตักเตือน และให้การดูแลคุ้มครอง ในระหว่างที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ ผู้ที่ได้รับความเสียหายในคดีฐานนี้ สามารถสละคุณธรรมทางกฎหมายได้ แต่เนื่องจากความผิดฐานนี้ผู้เสียหาย คือ ผู้ที่ใช้อำนาจในการปกครอง กล่าวคือ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เด็กหรือผู้เยาว์จึงไม่สามารถให้ความยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมาย

โดยฝ่าฝืนความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจปกครองได้ แม้ตนเองจะเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายอย่างแท้จริงจากการถูกพรากไปก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 5880/2546 จำเลยกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 14 ปีเศษ รักใคร่กันอย่างซื่อสัตย์ มารดาผู้เสียหายก็ทราบและอนุญาตให้จำเลยพาผู้เสียหายออกจากบ้าน ไปรับประทานอาหารที่ชมรมภาพยนตร์กันบ้าง เพื่อให้จำเลยและผู้เสียหายได้มีโอกาสอยู่ด้วยกัน และทำความรู้จักคุ้นเคยกันเพื่อประโยชน์ของการอยู่กินเป็นสามีภริยากันในวันข้างหน้า และทุกครั้งจำเลยก็จะพากลับมาส่งที่บ้าน อันเป็นการยอมรับในอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายอยู่ การที่จำเลยได้ล่วงเกินทางเพศแก่ผู้เสียหายด้วยการกอดจูบรวมทั้งการกระทำชำเราผู้เสียหายก็เป็นไปตามโอกาสและตามวิสัยคนรักใคร่ชอบพอกัน ซึ่งจำเลยต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของตนในแต่ละครั้งอยู่แล้ว หากการกระทำนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมาย แต่ยังไม่พอถือว่าจำเลยพรากผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร

คำพิพากษาฎีกาที่ 6207/2541 เด็กชาย ค. มีอายุไม่เกิน 15 ปี หลังจากบิดามารดาของเด็กชาย ค. ถึงแก่ความตาย ผู้เสียหายซึ่งเป็นพี่สาวของบิดาเด็กชาย ค. เป็นผู้ดูแลเด็กชาย ค. ตลอดมา การที่ผู้เสียหายเป็นผู้อนุญาตให้จำเลยพาเด็กชาย ค. ไปทำงานที่กรุงเทพมหานครตามที่จำเลยร้องขอ ไม่ปรากฏเลขสนับอันส่อให้เห็นถึงความไม่สุจริตของจำเลย ดังนี้ การที่จำเลยพาเด็กชาย ค. ไป การกระทำของจำเลยย่อมไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก ส่วนกรณีที่เด็กชาย ค. ได้หายไปหลังจากอยู่กรุงเทพมหานครนั้น เป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก ไม่ทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบตามบทกฎหมายดังกล่าว

คำพิพากษาฎีกาที่ 536/2528 จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายอายุ 11 ปีเศษ โดยผู้เสียหายยินยอม แม้จำเลยอายุ 20 ปี ก็สมควรลดมาตราส่วนโทษให้ 1 ใน 3 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 76 ผู้เสียหายอายุ 11 ปีเศษ และจำเลยชวนกันไปเที่ยว โดยป้าของผู้เสียหายอนุญาตแล้วได้พากันไปค้างที่บ้านจำเลย ก่อนที่ผู้เสียหายจะนอนค้ำนั้น จำเลยได้บอกให้ผู้เสียหายกลับบ้านแล้วแต่ผู้เสียหายไม่กลับ ดังนี้ จำเลยไม่ได้พรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา จึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่บุคคลผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา แนวคำพิพากษาศาล ถือว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดขาดเจตนาเพื่อการอนาจาร ไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319 แต่สำหรับกรณีผู้เสียหายที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่มีเจตนา

ฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม แต่ก็ยังมีความผิดฐานพรากเด็ก ตามมาตรา 317 อยู่ดี เพราะเหตุที่เป็นกรกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร

คำพิพากษาฎีกาที่ 1258/2542 การที่เด็กอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาของ บิดามารดา โดยบิดามารดามีอำนาจปกครองและมีสิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตรนั้น เมื่อจำเลยพาเด็กไป ถือเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกแล้ว ส่วนการ ที่จำเลยกับผู้เสียหายรักกันด้วยความสุจริตใจ ต่างมีเจตนาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา การกระทำของ จำเลยขาดเจตนาเพื่อการอนาจาร จึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 6634/2546 ผู้เยาว์กับจำเลยรักใคร่กัน โดยที่จำเลยยังไม่มีภริยามาก่อน จำเลยพาผู้เยาว์ไปอยู่กับจำเลยได้เสียกันเพื่อประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา แต่มารดาจำเลย ไม่ยอมรับผู้เยาว์เป็นสะใภ้ การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

คำพิพากษาฎีกาที่ 4587/2532 ผู้เสียหายเต็มใจไปกับจำเลย หลังจากที่ถูกพาผู้เสียหาย ไปแล้ว ญาติของผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงจัดงานพิธีให้ผู้เสียหายและจำเลยแต่งงานกันและมีการ มอบคำสินสอดของหมั้นให้ญาติผู้ใหญ่ฝ่ายผู้เสียหายรับไปบางส่วนแล้ว เมื่อจำเลยพาผู้เสียหาย กลับมาถึงบ้าน ฝ่ายญาติผู้ใหญ่ของผู้เสียหายได้จัดพิธีบอกผีบ้านผีเรือนตามประเพณีก่อนให้ผู้เสียหาย เข้าบ้าน พฤติการณ์ดังกล่าวฟังได้ว่า ที่จำเลยพาผู้เสียหายไปนั้นมีเจตนาที่จะพาไปเป็นภรรยา ตั้งแต่แรก เพราะไม่ได้ความว่าจำเลยมีภรรยาอยู่ก่อนแล้ว ดังนี้ การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปเพื่อเป็น ภรรยา แม้ผู้เสียหายจะยังเป็นผู้เยาว์อยู่ก็ไม่เป็นการละเมิดต่ออำนาจปกครองของมารดา และแม้ จำเลยจะร่วมประเวณีกับผู้เสียหายระหว่างที่พักอยู่ด้วยกัน ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการพาผู้เสียหายไปเพื่อ การอนาจาร การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 319

การสมรสจึงเป็นเหตุให้การกระทำไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสามหรือมาตรา 319 จะเห็นได้ว่า เพื่อการอนาจารในความผิด ฐานดังกล่าว มีความเกี่ยวข้องกับความคิดเรื่องเพศ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ฐานกระทำชำเราเด็ก โดยผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 มักจะมีความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็ก เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม ด้วยเสมอ แต่สำหรับการกระทำความผิดตามมาตรา 319 ฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ผู้กระทำไม่มีความผิดเกี่ยวกับเพศ เพราะเหตุที่ความผิดเกี่ยวกับเพศ กำหนดอายุในการให้ความยินยอมในเรื่องเพศได้ คือ อายุกว่า 15 ปี ขึ้นไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 4388/2562 ความผิดฐานพาเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเพื่อการอนาจาร ฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี และฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิด แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองเด็กโดยไม่ให้ความสำคัญแก่ความยินยอมของเด็ก ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เด็กถูกล่อลวงไปเพื่อกระทำอนาจารหรือเพื่อกระทำชำเรา ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอยู่ในความปกครองดูแลของผู้เสียหายที่ 2 จำเลยที่ 1 ชักชวนล่อลวงผู้เสียหายที่ 1 ไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้เสียหายที่ 1 ไปหาจำเลยที่ 1 แต่ก็ได้ความจากคำเบิกความของผู้เสียหายที่ 1 ว่าเกิดจากการที่จำเลยที่ 1 โทรศัพท์เรียกให้ไปหาที่วัด แล้วแยกกันเดินผ่านกุฏิเจ้าอาวาสไปทางซ้ายและขวาไปที่กุฏิจำเลยที่ 2 แล้วถูกจำเลยทั้งสองกระทำชำเราที่กุฏิจำเลยที่ 2 ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 โดยปราศจากเหตุอันสมควร การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเพื่อการอนาจารแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 2269/2562 ผู้เสียหายที่ 1 อายุ 7 ปีเศษ เป็นบุตรผู้เสียหายที่ 2 พักอาศัยอยู่กับ บ. ซึ่งเป็นย่า วันเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 ออกจากบ้านไปเล่นกับเด็กหญิง ส. ที่บ้านเกิดเหตุ และขณะที่เด็กหญิง ส. ไปจีรรถจักรยานเล่นข้างนอก ปล่อยให้ผู้เสียหายที่ 1 นั่งดูโทรทัศน์อยู่ในบ้านเกิดเหตุเพียงคนเดียว จำเลยเข้ามาในบ้านเกิดเหตุปิดประตูใส่กลอนไม่ให้ผู้เสียหายที่ 1 ออกจากบ้าน แล้วกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ถือได้ว่าจำเลยได้รับกวนสิทธิ์หรือแยกผู้เสียหายที่ 1 ออกไปจากอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 และทำให้อำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 ถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยผู้เสียหายที่ 2 ไม่รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 1 ไปเสียจากอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 ผู้เป็นมารดา จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเพื่อการอนาจาร และฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ใช้กับกรณีการทำความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเอง ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 ด้วย ซึ่งความผิดฐานนี้ เกิดจากความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นสำคัญ ซึ่งการกระทำของบุคคลทั้งสองฝ่าย เกิดจากความรักใคร่ชอบพอกัน กระทำด้วยความยินยอมสมัครใจต่อกัน มิได้เกิดจากการใช้กำลัง ล่อลวง หรือสำคัญผิดแต่อย่างใด อาจจะเป็นแฟนกันกระทำต่อกันด้วยความรัก มิได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน ซึ่งบุคคล ทั้งสองฝ่ายมีอายุที่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยกันทั้งคู่ และสามารถมีสถานะเป็นผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายได้ด้วยกันทั้งคู่ การฟ้องร้องดำเนินคดีต่อกัน ย่อมส่งผลกระทบต่อตัวเด็กหรือผู้เยาว์ในด้านต่าง ๆ มากมาย ทั้งด้านความสัมพันธ์ต่อคนรัก ความสัมพันธ์อันเป็นหนึ่งเดียวกันของสถาบัน

ครอบครัว การถูกดำเนินคดี ทำให้กระทบต่อสิทธิสวัสดิภาพของเด็กหรือผู้เยาว์ในด้านต่าง ๆ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กที่ประเทศไทยและนานาชาติให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

4.1.1 ปัญหาด้านการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์

ความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ ตามมาตรา 317 ซึ่งบุคคลผู้กระทำความผิดมีอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ความผิดฐานนี้มักจะเกี่ยวข้องกับสัมพันธภาพกับความผิดเกี่ยวกับเพศ ฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ผู้กระทำอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อบุคคลอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำจะไม่มี ความผิดเกี่ยวกับเพศ เพราะได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย แต่อาจเป็นความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 วรรคสาม เพราะเป็นการกระทำที่กระทบต่ออำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 319 เกิดจากการที่บุคคลผู้กระทำความผิดมีอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อบุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ความผิดฐานนี้เกิดจากการกระทำทางเพศ แต่โดยที่ความผิดเกี่ยวกับเพศ กำหนดอายุในการให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ไว้ที่อายุกว่า 15 ปีขึ้นไป เพราะฉะนั้น การมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่มีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป โดยความยินยอม จะไม่มีความผิดตามกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ซึ่งหากพิจารณากรณีการกระทำชำเราเด็ก ซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษร้ายแรงกว่า หากบุคคลผู้กระทำความผิดอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำชำเราต่อเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี ความผิดฐานกระทำชำเราจะได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย แต่ในส่วนความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร ยังเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม แต่หากเด็กทั้งสองรักกัน ประสงค์จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาก็ไม่มีความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร แต่ก็ยังเป็นความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 วรรคแรกอยู่ดี เพราะเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร ฉะนั้น โดยส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 277 มักจะมีความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 เกี่ยวข้องด้วยเสมอ¹⁹¹ เพราะเหตุที่เป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน โดยที่ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้ใน มาตรา 277 วรรคท้าย ที่แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ที่กำหนดไว้ว่า

¹⁹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 8932/2557

ถ้าเป็นการกระทำโดยความยินยอมของบุคคลซึ่งผู้กระทำความผิดมีอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพิจารณามีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ โดยให้ศาลพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ประกอบการพิจารณาเพื่อประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน เกิดความเสียหายในการกระทำน้อยกว่า มีความรุนแรงเกิดขึ้นน้อยกว่า และมีโทษน้อยกว่าความผิดเกี่ยวกับเพศ ฐานกระทำชำเราเด็กโดยความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน การดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ซึ่งผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์มิได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน และมีได้มีพฤติกรรมในการเป็นอาชญากร จะต้องถูกตีตราติดกันจากสังคมว่าเป็นผู้กระทำความผิด ถูกกระทบสิทธิในด้านต่าง ๆ ทั้งด้านเสรีภาพ ชีวิตความเป็นอยู่ การศึกษา การตั้งสมประสงค์ กระทั่งต่อการใช้ชีวิตในช่วงวัยแบบที่ควรจะเป็น ซึ่งการดำเนินคดีเด็กกรณีดังกล่าวอาจขัดต่อประโยชน์สาธารณะไม่สอดคล้องเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายมาตรา 317 และมาตรา 319 ที่แม้จะมีคุณธรรมทางกฎหมาย ในการคุ้มครองอำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องเพศ ที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในเรื่องเพศ แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายทั้ง 2 ลักษณะ คือ ต้องการคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่มีขอบข่ายกว้าง เพราะฉะนั้น การบังคับใช้กฎหมายจึงควรต้องคำนึงถึง ขอบเขต และคุณภาพ ระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ กับการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนควบคู่ กันไป เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์อย่างแท้จริง ในฐานะที่เด็กหรือผู้เยาว์เป็นกำลังสำคัญ และเป็นอนาคตของประเทศชาติต่อไป

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ พบว่า หลายประเทศทั่วโลกได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็ก โดยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และได้บัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทั่วไปของเด็ก และการคุ้มครองเด็กในกรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาให้ได้รับการคุ้มครอง และปฏิบัติอย่างถูกต้องเหมาะสม ในฐานะที่เด็กเป็นกำลังที่สำคัญของประเทศชาติในอนาคต ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการนำหลัก Romeo and Juliet มาใช้ กรณีที่ผู้ต้องหาและผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดจากการกระทำจากความยินยอมของผู้เสียหายที่มีอายุใกล้เคียงกัน และไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด สามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ทุกกรณี ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองเด็ก

เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ฉะนั้น การกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ ที่กระทำความผิดโดยความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ที่มีอายุอยู่ในช่วงวัยกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ย่อมเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก เป็นไปตามแนวทางการคุ้มครองเด็กและสอดคล้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมาย ที่ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญและบัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็ก แต่เมื่อพิจารณาความผิดตามกรณีศึกษาแล้วกลับพบว่า ความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความสมัครใจยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 แล้ว ยังมีได้เป็นไปตามแนวคิดในการมุ่งคุ้มครองเด็ก ไม่สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพราะเด็กหรือผู้เยาว์ที่เป็นผู้กระทำความผิดยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 277 เช่นเดียวกับความผิดเกี่ยวพันเพศ ตามมาตรา 277 วรรคท้าย ทั้งที่การกระทำดังกล่าวเกิดจากความยินยอม สมัครใจ ของบุคคลทั้งสองฝ่ายที่มีช่วงอายุที่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยกันทั้งคู่ การกระทำมิได้เกิดจากเจตนาความชั่วร้าย และการดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์ในกรณีดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ฝ่ายใดเลย รังแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อตัวบุคคล และต่อสังคมในภายภาคหน้าต่อไป

4.1.2 ปัญหาการนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกรับผลประโยชน์

จากการศึกษาความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 แล้ว พบว่า ความผิดฐานนี้มักเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 277 วรรคท้าย ได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้ หากการกระทำเกิดขึ้น โดยบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อบุคคลอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี โดยความยินยอมสมัครใจ ของทั้งสองฝ่าย หากปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ได้สำเร็จ ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ และหากปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังคงต้องรับโทษฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319 อยู่ดี

ผลของการขัดกันของทั้งสองบทบัญญัติกฎหมายนี้ อาจเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ปกครองของแต่ละฝ่ายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ในการเรียกรับผลประโยชน์ ในทางที่มิชอบ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการไม่ถูกดำเนินคดี ซึ่งความผิดฐานพรากนี้ เป็นความผิดซึ่งไม่สามารถยอมความได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งหากปล่อยให้มีการร้องทุกข์ดำเนินแล้วจะส่งผลทำให้คดีอาญาไม่สามารถยุติได้โดยการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือ

ยอมความกันได้¹⁹² ซึ่งการเรียกค่าเสียหายนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ การเรียกค่าเสียหายก่อนถูกดำเนินคดี กับการเรียกค่าเสียหายหลังถูกดำเนินคดีแล้วซึ่งเป็นค่าเสียหายในมูลละเมิด

การเรียกค่าเสียหายก่อนถูกดำเนินคดี ผู้ปกครองของผู้เสียหายแต่ละฝ่ายมักนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองเพื่อมิให้ต้องถูกดำเนินคดี ซึ่งหากถูกดำเนินคดีแล้ว จะส่งผลกระทบในด้านต่าง ๆ ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก ค่าเสียหายในส่วนนี้ สามารถเรียกได้ตามความพึงพอใจ เพราะเป็นการตกลงกันเองระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย มิได้มีกฎหมายบัญญัติรองรับการเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้ไว้ ซึ่งหากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์ถูกดำเนินคดี ก็จำเป็นต้องจ่ายเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดตามที่ได้ตกลงกัน หากไม่มีเงิน ก็ต้องพยายามหาเงินมาชดใช้ให้ หรืออาจต้องไปกู้เงินนอกระบบ เพื่อมาชดใช้เงินจำนวนดังกล่าว ซึ่งจะส่งผลให้เกิดปัญหาสาธารณสุขอื่น ๆ ตามมามากมาย

การเรียกค่าเสียหายหลังถูกดำเนินคดีแล้ว เป็นกรณีที่มีการฟ้องดำเนินคดีแล้ว ผู้ปกครองของแต่ละฝ่ายอาจจะฟ้องกันไปมาได้ เพราะผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายต่างมีอายุอยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยกันทั้งคู่ ซึ่งอาจจะได้ผลในการเรียกค่าเสียหายระหว่างผู้ใหญ่ทั้งสองฝ่าย และกลายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากผู้ปกครองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในการเรียกรับผลประโยชน์ อีกทั้งหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อการศึกษาของเด็กหรือผู้เยาว์ สวัสดิภาพในการใช้ชีวิตตามที่ควรจะเป็นในช่วงวัยของเด็กหรือผู้เยาว์นั่นเอง ทั้งในการศึกษา การเรียนรู้ ประสบการณ์ต่าง ๆ แบบที่ควรจะเป็นในช่วงวัยดังกล่าว อีกทั้งหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีพิพาทกลางโทษและใช้วิธีการรอลงอาญาแล้ว ผลที่ตามมา คือ เด็กต้องถูกตราหน้าว่า เป็นผู้กระทำความผิด เสียประวัติ เสียอนาคต และถูกกีดกันจากสังคม ทั้งที่การกระทำดังกล่าวเกิดจากความรักใคร่ชอบพอกัน สมควรใจยินยอมต่อกัน มิได้เอาเปรียบซึ่งกันและกันและมีได้มีจากเจตนาล่อลวงหรือมุ้งร้ายต่อกัน

การบัญญัติข้อยกเว้นให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนุเคราะห์ โดยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน สามารถป้องกัน ป้องกันปัญหาจากการนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการเรียกรับผลประโยชน์ได้อย่างแท้จริง และสร้างความผาสุก และรักษาความสงบเรียบร้อยให้บังเกิดขึ้นในสังคม

4.1.3 ปัญหาด้านครอบครัว

จากการศึกษา แนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนุเคราะห์ ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 หากเป็นกรณีการพรากเด็กหรือ

¹⁹² คูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39

พรากผู้เยาว์ไปเพื่ออยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา โดยเด็กหรือผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย กรณีเช่นนี้ ศาลฎีกาถือว่า การกระทำของจำเลยขาดเจตนาอนาจาร จึงมิใช่การพรากเพื่อการอนาจาร ไม่เป็นความผิด ตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319¹⁹³ แต่หากพรากไปโดยไม่ประสงค์จะรับเป็นภริยา เป็นการพรากไปเพื่อการอนาจาร เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319¹⁹⁴

ในกฎหมายต่างประเทศ ปรากฏข้อมูลของประเทศสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาความผิดฐานพรากจะต้องพิจารณาไปถึงความประพฤติของเหยื่อหรือความบริสุทธิ์ พรหมจรรย์ของเหยื่อ เป็นองค์ประกอบสำคัญ อีกทั้ง การพาผู้เยาว์ไปเพื่อความประสงค์ต้องการเลี้ยงดูเป็นภริยา ไม่ถือว่าเป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร เพราะการเป็นสามีภริยากันถือว่าภริยาให้ความยินยอมที่จะให้สามีกระทำชำเรา รวมถึงการกระทำอนาจารด้วย ซึ่งมีความเหมือนคล้ายกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทยในเรื่องการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารด้วย

กรณีการกระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความสมัครใจ ยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน มาตรา 317 และมาตรา 319 ซึ่งการกระทำเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ในช่วงวัย อายุระหว่างกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี อาจมีการรับสมอ้างแสดงความประสงค์อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา เพื่อมิให้ต้องถูกดำเนินคดี โดยอาจมีการเสนอผลประโยชน์ต่างตอบแทน และอาจเลิกกรากันไปในภายหลัง เพราะการสมรสดังกล่าวอาจมิได้เกิดจากความรักใคร่ เจตนาประสงค์จะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยากันอย่างแท้จริง ซึ่งกรณีเพศสัมพันธ์ของบุคคลในช่วงวัยดังกล่าวอาจจะไม่ได้เกิดจากความรักเพียงอย่างเดียว อาจเกิดจากความศีกะนอง ความอยากรู้ อยากลอง อยากเห็น ตามช่วงวัย ประกอบกับร่างกายที่มีการเปลี่ยนแปลงไป มีความเจริญเติบโต และมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านฮอร์โมนเข้าสู่วัยเจริญพันธุ์ แต่ยังไม่อ่อนประสบการณ์ในการดำรงชีวิต ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ตามมาอย่างมากมาย เช่น ปัญหาการหย่าร้าง ปัญหาการมีบุตรก่อนวัยอันควร ปัญหาครอบครัว ปัญหาความยากจน ปัญหาอาชญากรรมต่าง ๆ เป็นต้น เนื่องด้วยบุคคลที่อยู่ในช่วงวัยดังกล่าวมิใช่วัยแห่งการตั้งครอบครัว แต่หากเป็นวัยแห่งการเรียนรู้ ศิลปะวิทยาการแขนงต่าง ๆ สังคมประสบการณ์ชีวิต และใช้ชีวิตในช่วงวัยอย่างที่เหมาะสม เพื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพในภายภาคหน้าต่อไป หากไม่มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้ในกรณีดังกล่าวแล้วย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามที่กล่าวมา อีกทั้งหากพิจารณาจากเจตนารมณ์อันแท้จริงแล้วของบทบัญญัติมาตรา 277 มาตรา 317 และมาตรา 319 มีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ที่ยังเยาว์วัย อ่อนประสบการณ์ มิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำของบุคคลที่ต้องการ

¹⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 894/2538

¹⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 473/2547

แสวงหาประโยชน์จากเด็กหรือผู้เยาว์โดยมิชอบในด้านต่าง ๆ และคุ้มครองอำนาจการปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง ผลของความไม่สอดคล้องกันของบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองก่อให้เกิดความสับสนไม่เหมาะสมในการดำเนินคดีและไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการดำเนินคดีกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม กับกรณีการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอม

จากการศึกษาสภาพปัญหาของการดำเนินคดีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน โดยทำการศึกษาจากแนวคำพิพากษาฎีกาและหลักกฎหมายในเรื่องการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 จะเห็นได้ว่าความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาคำดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศในหัวข้อต่อไป

4.2.1 การดำเนินคดีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

จากการศึกษาความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 พบว่าความผิดฐานนี้เป็นการกระทำชำเราแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เป็นความผิด ตามมาตรา 277 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้โดยเฉพาะในกรณีการกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน ให้ปรับบทความผิดตามมาตรา 277 เท่านั้น โดยไม่ต้องพิจารณาความผิดตามมาตรา 276 ด้วยอีก อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ต้องปรับกับมาตรา 276 เช่น ชายข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุ 15 ปีเศษ แต่เข้าใจว่าอายุ 18 ปี โดยเด็กหญิงไม่ยินยอม ฎีกาที่ 7233/2549 วินิจฉัยว่า ชายไม่ผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก เพราะขาดองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก แต่ผิดมาตรา 276 ข้อสังเกต เพราะตามมาตรา 276 เป็นกรณีข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น คำว่า “ผู้อื่น” จะมีอายุเท่าไรก็ได้ หากเป็นกรณี ผู้ถูกกระทำชำเราอายุไม่เกิน 15 ปี นั้นยินยอม การกระทำของผู้กระทำก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก แต่ผู้กระทำอาจได้รับการยกเว้นโทษตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในวรรคห้า และวรรคหก หญิงที่ยินยอมให้ชายกระทำชำเราไม่ถือว่าเป็น “ตัวการ” หรือ “ผู้สนับสนุน” ในความผิดของชาย ตามมาตรา 277 วรรคแรก เพราะความผิดตามมาตรา 277 นี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กนั่นเอง แม้เด็กจะเป็นผู้ที่ “ก่อ” ให้ชายกระทำ ความผิดอันเป็นการใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 เด็กนั้นก็ไม้อาจเป็น “ผู้ใช้” ตามมาตรา 84 ในการกระทำความผิด ตามมาตรา 277 วรรคแรก ของผู้กระทำ ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกัน

คือ ความผิดตามตราบัญญัติขึ้นเพื่อ “คุ้มครอง” เด็กนั่นเอง จึงจะถือว่า เด็กนั้น เป็น “ตัวการ” “ผู้ใช้” หรือ “ผู้สนับสนุน” ในความผิดของผู้กระทำที่กระทำต่อเด็กนั้นไม่ได้¹⁹⁵

เหตุยกเว้นโทษตามวรรคห้า มิได้เฉพาะการกระทำความผิดตามวรรคแรก เด็กผู้ถูกระทำอายุกว่าสิบสามปีแล้ว แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี และเป็นกระทำความผิดโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี นอกจากนั้น เด็กผู้ถูกระทำนั้นต้องยินยอมด้วย และยกเว้นโทษเฉพาะความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคแรกเท่านั้น¹⁹⁶ (ฎีกาที่ 2429/2541) ดังนั้น จึงไม่อาจได้รับการยกเว้นโทษในความผิดฐานอื่น ๆ เช่น ความผิดฐานพราก รวมถึงพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา 319 ด้วย ฎีกาที่ 267/2544 วินิจฉัยว่า ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไม่มีบทบัญญัติยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดดังเช่นบทบัญญัติในเรื่องการกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กหรือเยาวชน ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวในประเทศไทย ใช้ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ไม่ต้องรับโทษ เนื่องด้วยอายุหรือลักษณะคดีหรือเหตุอื่นใด ถูกบัญญัติในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เมื่อศาลพิจารณารายงานสืบเสาะข้อเท็จจริงของเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว โดยพิจารณาจากอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ความสัมพันธ์ ของครอบครัว และพฤติการณ์ประกอบต่าง ๆ แล้ว หากศาลเห็นควรว่าเด็กไม่มีความผิดหรือไม่ควรต้องได้รับโทษ แต่เด็กมีพฤติกรรมที่ส่อไปในทางที่จะกระทำผิดได้ง่ายหรืออยู่ใน

¹⁹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิดเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), น. 426.

¹⁹⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคห้า บัญญัติว่า ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำความผิดโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและ เด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ ของเด็กผู้ถูกระทำได้

วรรคหก บัญญัติว่า ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคห้าด้วย

สภาพแวดล้อมที่อาจทำให้กระทำผิดหรืออาจเกิดการกระทำความผิดซ้ำ ศาลอาจว่ากล่าวตักเตือน เด็กและปล่อยตัว หรือปล่อยตัวเด็กโดยกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชน ดังนี้

(1) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปในสถานที่หรือท้องที่ใดอันอาจชักนำไปสู่การกระทำผิด หรือเยาวชนนั้นกระทำความผิด

(2) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนออกนอกสถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน เว้นแต่จะมี เหตุจำเป็นหรือได้รับอนุญาตจากบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย

(3) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนคบหาสมาคมกับบุคคลที่อาจชักนำไปสู่การกระทำผิด

(4) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนประพฤตินอนอนอาจนำไปสู่การกระทำผิด

(5) ให้เด็กหรือเยาวชนไปรายงานตัวต่อศาล พนักงานคุมประพฤติ หรือนักสังคมสงเคราะห์เป็นครั้งคราว

(6) ให้เด็กหรือเยาวชนไปศึกษา เข้ารับการฝึกอบรม รับคำปรึกษาแนะนำ รับการรักษา แก้ไขบำบัดฟื้นฟู ประกอบสัมมาชีพ หรือให้เด็กหรือเยาวชนเข้ารับการอบรมศีลธรรม จริยธรรม และหน้าที่พลเมือง

(7) ให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย หรือบุคคลหรือองค์การที่รับเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนนั้น กระทำหรือห้ามมิให้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับ การอบรมเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนตามที่ศาลกำหนด

(8) กำหนดเงื่อนไขอื่นใดเพื่อพัฒนาและส่งเสริมความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน ระยะเวลาที่จะให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น มีกำหนดไม่เกิน 1 ปี และเด็กหรือเยาวชนต้องมีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์ ทั้งนี้ หากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ของเงื่อนไข เพื่อคุมความประพฤติเด็กหรือเยาวชนได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอน เงื่อนไขทั้งหมดหรือบางส่วน หรือจะกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติมก็ได้ โดยผู้รับผิดชอบในการ ควบคุมและดูแล ได้แก่ พนักงานคุมประพฤติ นักสังคมสงเคราะห์ หรือผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก ที่มีหน้าที่สอดส่องและทำรายงานเสนอต่อศาล ซึ่งในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ที่ศาลกำหนด ศาลมีอำนาจเรียกเด็กหรือเยาวชน รวมถึงบิดา มารดา ผู้ปกครอง ซึ่งเด็กหรือเยาวชน อาศัยอยู่ หรือองค์การที่รับเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนมาตักเตือน แต่ถ้าเด็กหรือเยาวชนไม่เปลี่ยนแปลง พฤติกรรมเสียดังกล่าวนั้น ศาลมีอำนาจส่งตัวเด็กหรือเยาวชนนั้น ไปแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในสถานที่ ตามที่ศาลเห็นสมควร เป็นเวลาไม่เกิน 1 ปีก็ได้ แต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์

ดังนั้น เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและภายหลังที่ศาลได้มีการ ดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนนั้นแล้ว หากปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดอายุไม่เกิน

ที่กฎหมายอาญากำหนดให้เด็กไม่ต้องรับโทษ หากศาลเห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไข และวิธีปฏิบัติต่อเด็กใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็ก ให้เหมาะสมกับตัวเด็ก จนกว่าเด็กหรือเยาวชน จะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดี ในสังคมได้ แต่หากปรากฏว่าเยาวชน ผู้กระทำความผิดอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี หากศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่ต้องพิพากษาลงโทษมากกว่าที่จะปล่อยตัวเยาวชน เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเยาวชน โดยใช้วิธีตัดข้อวิสัย ศาลอาจพิพากษาลงโทษเด็กและนำวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนใช้แทน การลงโทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ ดังนี้

(1) เปลี่ยนโทษจำคุกหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นการส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไป ควบคุมเพื่อฝึกอบรมในสถานศึกษา สถานฝึกอบรม หรือสถานแนะนำทางจิต ตามเวลาที่ศาล กำหนดแต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์

(2) เปลี่ยนโทษปรับเป็นการคุมความประพฤติ โดยจะกำหนดเงื่อนไขข้อเดียวหรือ หลายข้อก็ได้ ในกรณีที่ศาลได้พิจารณาความหนักเบาแห่งข้อหาและพฤติการณ์แห่งคดีแล้วเห็นว่า ควรจะควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนตามข้อ (1) ต่อไปอีก หลังจากที่เด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุครบ 20 ปี บริบูรณ์แล้ว ให้ศาลระบุในคำพิพากษาให้ส่งตัวไปจำคุกไว้ในเรือนจำตามเวลาที่ศาลกำหนด

4.2.2 เปรียบเทียบการกำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก หรือผู้ใหญ่ด้วยกัน กับกรณีการพรากเด็กหรือพรากผู้ใหญ่เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่าง เด็กหรือผู้ใหญ่ด้วยกัน

การดำเนินคดีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 กับกรณีความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม และความผิดฐานพรากผู้ใหญ่เพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 ความผิด ทั้งสามฐานนี้ มุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองเด็กหรือผู้ใหญ่ที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี จากการแสวงหา ประโยชน์ที่มีขอบทั้งปวง มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วหลายครั้ง ตั้งแต่มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทของสังคม ที่มีความเปลี่ยนแปลงไป และเพื่อให้อนุวัติการเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก ซึ่งมีผลให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณี แห่งอนุสัญญาดังกล่าว และมีการบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญา เพื่อให้เป็นไป ตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

การดำเนินคดีเด็กหรือผู้ใหญ่ ที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้ใหญ่เพื่อการ อนาจาร โดยความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้ใหญ่ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 317 และมาตรา 319 สมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดหรือไม่ ควรที่จะได้พิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม คุณธรรมทางกฎหมาย คือ เสรีภาพในทางเพศ โดยปกติแล้วผู้ถูกกระทำสามารถสละคุณธรรมทางกฎหมายนี้ได้ แต่เนื่องจากบุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองในความผิดฐานนี้คือ เด็ก เป็นบุคคลที่ยังอ่อนประสบการณ์ทางโลก และอาจถูกหลอกลวงจากผู้ที่โตกว่า ซึ่งมีประสบการณ์ชั้นเชิงในการใช้ชีวิตมากกว่า ในการเข้ามาแสวงหาประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ ได้ง่ายอายุในความผิดฐานนี้จึงเป็นองค์ประกอบสำคัญในการวินิจฉัยความผิด เด็กจึงไม่สามารถให้ความยินยอมในเรื่องนี้ได้โดยผลของกฎหมาย และไม่สามารถสละคุณธรรมทางกฎหมายได้ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 จากเดิมที่บัญญัติให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว อนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันได้โดยกำหนดเงื่อนไขภายหลังการสมรสแทนการลงโทษ ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมา เช่น ปัญหาการสมรส ปัญหาการมีครอบครัวโดยที่ยังไม่พร้อม ปัญหาสังคมอื่น ๆ ปัญหาการเรียกเงินเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี เป็นต้น แก้ไขเพิ่มเติมเป็น กำหนดให้กรณีการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ซึ่งผู้กระทำอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ โดยให้ศาลพิจารณาถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกกระทำด้วย และหากปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จแล้วผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษเพราะฉะนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับเพศ ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด สามารถแก้ปัญหาเดิมที่เกิดขึ้น ทั้งในเรื่องของการสมรส การเรียกเงินระหว่างผู้ปกครองแต่ละฝ่าย และให้ความคุ้มครองกับทั้งเด็กที่กระทำความผิดและเด็กที่ถูกกระทำความผิดให้ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องเหมาะสมได้ ในฐานะที่เด็กเป็นประชากรซึ่งเป็นกำลังที่สำคัญและเป็นอนาคตของประเทศชาติ โดยมีหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นกรอบแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญ ก่อให้เกิดการอำนวยความสะดวกได้อย่างแท้จริง สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กในบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานพรากเพื่อการอนาจารมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งทั้งสองฐานความผิด แม้คุณธรรมทางกฎหมาย ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

เพื่อการอนาจาร คือ การคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล กล่าวคือ ผู้ใช้อำนาจปกครอง เป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องเพศ คือ เสรีภาพในทางเพศ เด็กหรือผู้เยาว์ คือ ผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ แต่โดยที่การบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ก็มีคามมุ่งหมายเดียวกัน คือ การมุ่งคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์เป็นสำคัญ เพื่อป้องกันมิให้เด็กหรือผู้เยาว์ถูกหลอกลวงไปเพื่อกระทำอนาจาร หรือกระทำชำเรา และเพื่อให้เด็กหรือผู้เยาว์ได้มีคุณภาพชีวิตที่ดี และเป็นกำลังหลักที่สำคัญของประเทศชาติในอนาคตต่อไป โดยที่ความผิดเกี่ยวกับเพศ ปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขใหม่ กรณีการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยความยินยอมสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน โดยให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย และหากปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่หากไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ เห็นได้ว่าการกระทำความผิดของบุคคลที่มีอายุใกล้เคียงกัน ในฐานะที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์โดยความยินยอมที่การกระทำมิได้เกิดจากการล่อลวง กฎหมายให้ความสำคัญกับบุคคลทั้งสองฝ่าย ทั้งในฐานะที่เป็นผู้กระทำความผิดและเป็นผู้ถูกระทำ ในฐานะที่บุคคลทั้งสองฝ่ายก็เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ซึ่งสมควรได้รับการปกป้อง คุ้มครองดูแลด้วยกันทั้งคู่ และเป็นการแก้ไขปัญหาผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายในอดีต เช่น ปัญหาการสมรส เป็นต้น ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก แต่เมื่อเด็กหรือผู้เยาว์ได้รับการยกเว้นโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศแล้ว ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ยังกลับต้องรับผิดในความผิดฐานพรากเด็ก มาตรา 317 หรือความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร มาตรา 317 วรรคสาม เพราะเหตุที่ความผิดดังกล่าวไม่ได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้เลยเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย หรือหากเป็นกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างผู้เยาว์ด้วยกัน ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดเกี่ยวกับเพศ เพราะช่วงอายุดังกล่าวสามารถให้ความยินยอมได้แล้ว แต่ก็มี ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 319 อยู่ดี ทางออกเดียวของความผิดทั้ง สองฐานนี้ คือ การสมรส เพราะหากเจตนาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาแล้ว การกระทำของจำเลยขาดเจตนาเพื่อการอนาจาร แต่กรณีความผิดฐานพรากเด็ก แม้จะไม่มีเจตนาเพื่อการอนาจาร ไม่เป็น ความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม แต่ก็ยังเป็นความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 วรรคแรกอยู่ดี ซึ่งหากยังปล่อยให้มีการแก้ไขปัญหาด้วยการสมรส ก็จะก่อปัญหาอื่น ๆ ตามมาอีกมากมาย หรือ หากปล่อยให้มีการดำเนินคดีแล้วใช้วิธีการรอลงอาญา หรือมีการใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ให้ศาลใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่า

สมควรที่จะพิพากษาลงโทษผู้หนึ่งหรือไม่ หากเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษ ให้จัดการตาม มาตรา 74 คือ ใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชน ก็ไม่สามารถรับรองได้ว่า ศาลจะเลือกใช้วิธีการ ใดๆ การบังคับใช้กฎหมายทั้งสองเรื่องนี้ ก็จะเกิดความลักลั่นกัน ไม่สามารถอำนวยความสะดวก ธุรกรรมได้อย่างแท้จริง ไม่เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก และบทบัญญัติกฎหมาย อื่น ๆ ที่ประเทศไทยได้บัญญัติไว้

ในกฎหมายต่างประเทศ ความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ กฎหมายแต่ละประเทศใช้ถ้อยคำ เพื่อบัญญัติความรับผิดฐานนี้แตกต่างกัน โดยประเทศอังกฤษใช้ถ้อยคำว่า Abduction of children in care ตามมาตรา 59 ของ Children Act 1989 และ Offence of abduction of child by parent, etc/ Offence of abduction of child by other persons ตาม Child Abduction Act 1984 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี ใช้ถ้อยคำว่า Abduction of minors from the care of their parents etc ตามมาตรา 235 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายอาญาของบางมลรัฐได้นำ ความผิดฐานพาตัวบุคคลไป (Abduct or Abduction) มาอธิบายความผิดฐานการเอาตัวบุคคลไป เรียกค่าไถ่ (Kidnapping) และเป็นที่มาของการออกกฎหมายฉบับหนึ่ง คือ “Lindbergh law” ส่วนประเทศญี่ปุ่น ใช้ถ้อยคำของความรับผิดว่า Kidnapping of Minors ตามมาตรา 224 แห่งประมวล กฎหมายอาญาญี่ปุ่น ซึ่งคำว่า Abduction และ Kidnapping แม้จะใช้ถ้อยคำต่างกัน หากแต่เมื่อ พิจารณาจากบทบัญญัติในแต่ละประเทศแล้ว เป็นกรณีที่ทำให้เด็กหรือผู้เยาว์พ้นจากอำนาจปกครอง เช่นเดียวกัน

การกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์นั้น ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ความรับผิดฐาน พรากเด็กไปจากความดูแล (Abduction of Children in care) ตามพระราชบัญญัติ Children Act 1989 คือ บุคคลที่อายุไม่เกินกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ส่วนความผิดฐานพรากเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ออกนอก สหราชอาณาจักร โดยปราศจากความยินยอมตามพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 คือ บุคคลที่อายุไม่เกินกว่า 16 ปีบริบูรณ์ ตามกฎหมายเยอรมนี แบ่งเป็นบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี กับเด็ก ซึ่งตามกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เด็ก คือ บุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี ส่วนกฎหมายญี่ปุ่น ไม่ได้กำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์เอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายอื่น ผู้เยาว์ น่าจะหมายถึง บุคคลอายุไม่เกิน 20 ปี เมื่อเปรียบเทียบแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายอังกฤษและ กฎหมายญี่ปุ่น มิได้กำหนดความรับผิดตามช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ดังเช่นกฎหมาย ของประเทศไทย ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้จะกำหนดความรับผิดตามช่วงอายุ เช่นเดียวกับของไทย แต่กำหนดช่วงอายุแตกต่างกันกับประเทศไทย

ความผิดเกี่ยวกับพรากของต่างประเทศ จะมุ่งเน้นไปที่การลักพาตัวเป็นสำคัญ หรือมีการ พรากโดยการล่อลวง ข่มขู่ ใช้กำลังจึงเป็นความผิด โดยมีความผิดเกี่ยวกับการพรากเพื่อการอนาจาร

เฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ปรากฏความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร อันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศเข้ามาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในประเทศอื่น ๆ ที่ทำการศึกษา

ในขณะที่ความผิดเกี่ยวกับเพศ ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการนำเอาหลัก Romeo and Juliet มาใช้เป็นเหตุยกเว้นโทษให้กับกรณีการมีเพศสัมพันธ์ในบุคคลที่มีอายุใกล้เคียงกัน โดยความยินยอมในประเทศอังกฤษ มีการนำหลักประโยชน์สาธารณะมาใช้ ในเหตุดังกล่าวเช่นกัน ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการกำหนดระดับความยินยอมของบุคคลไว้ 4 ระดับ ในการให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ ให้การมีเพศสัมพันธ์ของบุคคลที่มีช่วงอายุในช่วงระดับเดียวกันที่กำหนดไว้ไม่เป็นความผิด ส่วนในประเทศญี่ปุ่นเนื่องจาก การกำหนดอายุในการให้ความยินยอมของประเทศญี่ปุ่น ก่อนข้างน้อย คือ อายุไม่น้อยกว่า 13 ปี สามารถให้ความยินยอมในเรื่องเพศได้ จึงไม่ปรากฏการกำหนดเหตุยกเว้นโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ให้กับบุคคลที่มีอายุใกล้เคียงกันที่ได้กระทำโดยความยินยอม ดังประเทศอื่น ๆ ที่ทำการศึกษา

การดำเนินคดีเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความสมัครใจยินยอมระหว่างกัน จะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

4.3 วิเคราะห์ประโยชน์สาธารณะกับกรณีการดำเนินคดีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน

ท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงของยุคสมัยที่ก้าวผ่านไปอย่างรวดเร็ว ความเปลี่ยนแปลงของสังคม สภาพแวดล้อม และสิ่งอื่น ๆ รอบตัว ไม่เคยหยุดนิ่งอยู่กับที่ การพัฒนากฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบันที่มีความเปลี่ยนแปลงไป จึงมีความสำคัญมากประการหนึ่ง เพราะเหตุที่กฎหมายเป็นสิ่งที่ใช้ในการควบคุมสังคม เพื่อให้เกิดความสงบสุขเรียบร้อยขึ้นในสังคม การบัญญัติกฎหมายใหม่ การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น สอดรับกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ในสังคม ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ ความสงบสุขเรียบร้อย และอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง และเกิดเป็นประโยชน์สาธารณะ¹⁹⁷ คือ เป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไป ประโยชน์สาธารณะอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละบริบท แต่ละสังคม แต่ละประเทศ สิ่งนี้อาจเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศหนึ่งอาจจะไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะของประเทศหนึ่งก็ได้ การบังคับใช้กฎหมาย

¹⁹⁷ ชาลูนัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562), น.19 – 20.

จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัว หรือคำนึงถึงขอบเขต และคุณภาพของการบังคับใช้กฎหมาย ระหว่าง การคุ้มครองเด็ก กับสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ จะคุ้มครอง ว่าสิ่งใดจะสามารถอำนวยความสะดวก และรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้ดีกว่ากัน

จากการศึกษา พบว่า ตั้งแต่มีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมทั้งหมด 3 ครั้ง เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทในสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไป โดยเน้นให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์เป็นสำคัญ ในการป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ใหญ่ หรือจากเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเองที่เข้ามาล่อลวง หลอกหลวง เด็กหรือผู้เยาว์ โดยอาศัยความอ่อนประสพการณ์ ความไม่เท่าทันโลก ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า เด็กหรือผู้เยาว์มีวุฒิภาวะแตกต่างจากผู้ใหญ่ทั้งด้านการเรียนรู้ อารมณ์ พฤติกรรม ประสพการณ์ ในการดำรงชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่มาก

จากแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทย จะเห็นว่า หากเป็นกรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์มาหา ผู้กระทำเอง มีเพศสัมพันธ์กัน และผู้กระทำมิได้มีพฤติการณ์ในการชักชวน หรือกระทำการอื่นใด อันเป็นการแยกจากอำนาจปกครอง หรือเป็นการรบกวนกระทบกระเทือนอำนาจปกครอง หรือล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง จะถือว่า ไม่เป็นการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319 หรือ กรณีหากทั้งสองฝ่ายประสงค์จะอยู่ กินร่วมกันฉันสามีภริยา ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสามหรือมาตรา 319 เพราะขาดเจตนาเพื่อการอนาจาร จะเห็นได้ว่าทั้ง 2 กรณี ที่กล่าวมา ผู้เสียหายอาจมีการถูกล่อลวง หรือด้วยประการอื่นใด การกระทำความเสียหายมากกว่า การกระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเอง ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 เสียอีก การดำเนินคดีเด็กหรือผู้เยาว์ในความผิดฐานดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ หรือเกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม อีกทั้ง ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์มีมูลฐานความผิดหนึ่งมาจากความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในปัจจุบัน ความผิดเกี่ยวกับเพศ มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษ ไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย ที่กำหนดไว้ว่า ถ้าเป็นการกระทำโดยความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ซึ่งบุคคลผู้กระทำมีอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อบุคคลอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ให้ศาลพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อม

ของผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ ประกอบการพิจารณา และหากปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ โดยตัดหลักการที่ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันได้ ออก เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการสมรส ปัญหาครอบครัว และปัญหาอื่น ๆ ทั้งหลายที่จะตามมา จากการสมรสที่มีได้เกิดจากเจตนาอันแท้จริงของบุคคลทั้งสองฝ่ายแต่สมรสเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ถูกดำเนินคดี คงเหลือไว้เพียง ให้ศาลพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำ ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ใช้วิธีการสำหรับเด็กได้ ซึ่งเป็นเครื่องมือในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเด็กให้กลับตนเป็นคนดี และไม่กระทำความผิดในอนาคต โดยมีวิธีการสำหรับเด็กหลายประการ เช่น การว่ากล่าวตักเตือนเด็กที่กระทำความผิดหรือแก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ การเรียกบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่มาทำทัณฑ์บนว่าจะระวังไม่ให้เด็กก่อเหตุร้ายขึ้นอีก การใช้วิธีการคุมประพฤติสำหรับเด็ก โดยมีพนักงานคุมประพฤติคอยควบคุมสอดส่อง การส่งตัวไปอยู่กับบุคคลหรือองค์กรที่ยอมรับเด็ก เพื่อส่งสอนอบรม เป็นต้น ซึ่งหากการคุ้มครองสวัสดิภาพกระทำได้สำเร็จ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการคุ้มครองเด็ก และเพื่อประโยชน์ของเด็กหรือผู้เยาว์ เป็นสำคัญ แต่สำหรับความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความสมัครใจยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ มาตรา 317 และมาตรา 319 ซึ่งเป็นความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับความคิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 277 ซึ่งเกิดจากการกระทำเดียวกันต่อเนื่องกันไป เป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน กลับไม่ได้รับการยกเว้นโทษ ทั้งที่ความรุนแรง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดฐานดังกล่าวน้อยกว่าความผิดเกี่ยวกับเพศการดำเนินคดีในความผิดฐานดังกล่าวที่เกิดจากความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย การดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดต่อกันโดยความยินยอมสมัครใจในความผิดฐานดังกล่าว ที่การกระทำมิได้เกิดจากความชั่วร้าย ใช้กำลัง ล่อลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิดแต่ประการใด การดำเนินคดีย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ คือ เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยส่วนรวม เพราะเหตุที่การดำเนินคดี การลงโทษ และใช้วิธีการรอลงอาญา ผลที่ตามมา คือ การผลักไสให้เด็กหรือผู้เยาว์ที่มีได้มีพฤติกรรมเป็นอาชญากรต้องเข้าสู่วงจรด้านมืด ต้องถูกตีตรา ว่าเป็นผู้กระทำความผิด ทั้งที่การกระทำดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความชั่วร้าย ต้องเสียประวัติ เสียอนาคต ถูกกีดกันจากสังคม และไม่ได้ใช้ชีวิตตามช่วงวัยแบบที่ควรจะเป็น ซึ่งการดำเนินคดีดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยส่วนรวมอีกด้วย

ในกฎหมายต่างประเทศ ประเทศอังกฤษ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่มีอายุเท่ากันหรือใกล้เคียงกัน มักจะไม่ถูกดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับเพศ หากปรากฏว่าทั้งสองฝ่ายสมัครใจยินยอมมีเพศสัมพันธ์กัน และความยินยอมนี้มีได้เกิดจากการล่อลวงหรือแสวงหาประโยชน์ใด

อีกทั้งพนักงานอัยการมีแนวปฏิบัติในการพิจารณากรณีเด็กถูกล่ามว่ามีการกระทำความผิดในทางเพศเกิดขึ้น โดยจะพิจารณาว่าการดำเนินคดีต่อเด็กผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่ ซึ่งประโยชน์สาธารณะนี้ คือ การปกป้องคุ้มครองเด็ก ซึ่งในการผ่านร่างกฎหมายดังกล่าว โดยรัฐสภาอังกฤษ Lord Falconer กล่าวว่า สิ่งที่สำคัญ คือ การคุ้มครองเด็ก ไม่ใช่การลงโทษเด็ก ในกรณีที่ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเด็กนั้นมิได้เกิดจากการล่อลวงใช้กำลัง การดำเนินคดีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนและไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กด้วย ซึ่งจะมีขั้นตอนแนวปฏิบัติในการดำเนินคดีเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในความผิดเกี่ยวกับเพศ The Directors Guidance on Charging โดยต้องส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการวินิจฉัยว่าควรที่จะดำเนินคดีหรือไม่ หากเห็นว่า โดยพิจารณาจากองค์ประกอบต่าง ๆ เช่น อายุของคู่กรณี สภาพจิตใจของคู่กรณี คู่กรณีสมัครใจมีเพศสัมพันธ์นั้นหรือไม่ มีการบังคับล่อลวงระหว่างคู่กรณีหรือไม่ สำหรับกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็กที่มีอายุใกล้เคียงกัน มีเพศสัมพันธ์ โดยความสมัครใจยินยอมของทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริง รัฐสภาไม่มีความประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก เนื่องจาก เห็นว่า การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใดต่อสาธารณะ แต่จะดำเนินการป้องกันโดยใช้วิธีการให้การศึกษา กับเด็ก รวมถึงการจัดให้เด็กและครอบครัวของเด็กเข้าถึงองค์กรที่ให้คำแนะนำและคำปรึกษาแทน อีกทั้งยังมีมาตรการภายหลังยกเว้นโทษ ที่ให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัวเด็ก จนกว่าเด็กหรือผู้เยาว์จะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมต่อไป

จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีเด็กหรือผู้เยาว์ในความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศอังกฤษ สอดคล้องกับการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทย คือ ในประเทศอังกฤษ มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกันมีเพศสัมพันธ์กัน โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย โดยคำนึงประโยชน์สาธารณะ และมีมาตรการภายหลังยกเว้นโทษ เพื่อให้เด็กหรือผู้เยาว์เติบโตเป็นกำลังสำคัญของชาติในอนาคตต่อไป ในประเทศไทย มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ในกรณีที่การกระทำเกิดจากบุคคลผู้กระทำอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี โดยความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ให้ศาลพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำประกอบการพิจารณา และหากปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ซึ่งกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวบัญญัติ

มาตรการเกี่ยวกับเด็กไว้อย่างสอดคล้องกันทั้งในกฎหมายคุ้มครองเด็ก กฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เพื่อให้เด็กหรือผู้เยาว์ปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีของสังคมต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเด็กหรือผู้เยาว์ได้รับความคุ้มครองตามที่กล่าวมาแล้ว แต่ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319 อยู่ดี ผลของบทบัญญัติกฎหมายทั้ง 2 ฐานความผิดที่ไม่สอดคล้องกันนี้ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองเด็กเป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควรจะเป็น เกิดปัญหาขึ้นตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ทั้งปัญหาการเรียกร้องผลประโยชน์โดยมิชอบ เพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี ปัญหาครอบครัว ปัญหาที่ตามมาจากการที่เด็กหรือผู้เยาว์ถูกดำเนินคดี

การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 โดยความสมัครใจยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเองให้เป็นความผิด โดยไม่มีการข่มขู่ โทษให้กับบุคคลผู้กระทำความผิดที่มีอายุระหว่างกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 277 วรรคท้าย ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งต่อตัวเด็กเอง และต่อสังคมโดยรวม ไม่เกิดประโยชน์สาธารณะในทางใด ๆ เลย กลับยิ่งสร้างปัญหากับทั้งตัวเด็กหรือผู้เยาว์ และสังคมโดยรวม อีกทั้งยังทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความลักลั่น ไม่ได้มีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพเท่าที่ควรจะเป็นในการคุ้มครองเด็ก

4.4 วิเคราะห์สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กับการดำเนินคดี กรณีการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน

จากการศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทยได้ทำการลงนามภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีสมาชิก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 1992 มีผลให้รัฐที่ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญานั้น ซึ่งมีการยกระดับการให้ความคุ้มครองแก่เด็กในฐานะเป็นสิทธิเด็ดขาด อันไม่สามารถจำกัดเพื่อละเมิดสิทธิของเด็กได้ โดยวางหลักให้การกระทำใดอันเกี่ยวข้องกับเด็กต้องพิจารณาถึง หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นพื้นฐานเบื้องต้น ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการที่สำคัญ 2 ประการ คือ หลักสิทธิติดตัว และหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามอนุสัญญาดังกล่าวให้ความคุ้มครองเด็ก คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีลงมา และมีหลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก กล่าวคือ รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้าย หรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้ง หรือ

การปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิด หรือการแสวงหาประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศ ซึ่งอนุสัญญาฉบับดังกล่าว มุ่งคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จากการกระทำที่มิชอบต่อร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็กในทุกรูปแบบ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ในการกระทำทั้งปวง ที่เกี่ยวกับเด็ก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก ซึ่งปัจจุบัน ประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายภายในหลายฉบับที่สอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นต้น

จากการศึกษาการกระทำความผิดของเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 พบว่า เป็นการกระทำความผิดโดยเด็กหรือผู้เยาว์ที่เกิดจากความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย โดยปกติแล้วความยินยอมเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ได้ โดยการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล คุณธรรมทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่เป็นามธรรม เพื่อคุ้มครองประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันในสังคมให้อยู่ได้อย่างปกติสุข โดยทั่วไปแล้ว คุณธรรมทางกฎหมาย ที่ผู้เสียหายสามารถสละได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ความผิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น ในขณะที่ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายนั้น แม้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ก็มีข้อจำกัดในการสละคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 คุณธรรมทางกฎหมาย คือ การคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิให้ถูกกระทบกระเทือน เพื่อให้ผู้ใช้อำนาจปกครองมีอำนาจในการให้การศึกษาอบรม ว่ากล่าว สั่งสอน ตักเตือน และให้การคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เด็กหรือผู้เยาว์เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีในอนาคตของประเทศชาติต่อไป

อีกทั้งการกระทำความผิดตามที่กล่าวมานั้น เกิดจากการที่เด็กหรือผู้เยาว์มีความรักใคร่ชอบพอกัน อาจมีความสัมพันธ์ในทางเพศกันในฐานะที่เป็นแฟนกัน ซึ่งก็เป็นไปตามโอกาสและนิสัยของคนรักใคร่ชอบพอกัน มีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน การกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น มิได้เกิดจากการล่อลวงหรือเจตนาอันชั่วร้าย แต่เกิดจากความอยากรู้ อยากลองตามวัย ตามเงื่อนไขของฮอร์โมนและสรีระที่เปลี่ยนแปลงไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการกระตุ้นจากสิ่งแวดล้อมรอบตัวตามช่วงวัย โดยต้องถือว่า การกระทำความผิดของบุคคลนั้น ความสามารถในการทำชั่ว เป็นปัจจัยที่มีส่วนสำคัญมากประการแรกเลยทีเดียว ที่จะต้องนำมาพิจารณา เพราะกฎหมายจะลงโทษเฉพาะบุคคลที่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้เท่านั้น การกระทำใดที่บุคคลใดได้กระทำลงไปโดย

บุคคลนั้นไม่มีความสามารถในการทำชั่ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูกดำเนินคดี หรือการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว หมายความว่า จะมีการลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่วไม่ได้ และจะมีการลงโทษบุคคลนั้นเกินความชั่วของบุคคลนั้นไม่ได้

โดยประมวลกฎหมายอาญาของไทย เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความชั่ว หมายถึง การดำเนินการที่กำหนดเจตจำนง โดยกฎหมายอาญาของไทย ได้แยกเด็กออกเป็นสองระดับอายุ คือ อายุไม่เกิน 10 ปี กับเด็กอายุกว่า 10 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ซึ่งกฎหมายอาญาของไทยสันนิษฐานว่าเด็ก ในช่วงอายุดังกล่าว ยังไม่มีความสามารถในการทำชั่ว ดังจะเห็นได้จากการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73¹⁹⁸ และมาตรา 74¹⁹⁹ แต่ในขณะที่มาตรา 74 มีการนำมาตรการ

¹⁹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 บัญญัติว่า เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้น ไม่ต้องรับโทษ

ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

¹⁹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 74 บัญญัติว่า เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้น ไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาดักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวางเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปีและกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่าจะยอมรับข้อกำหนดที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของเด็กนั้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของเด็กนั้น

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2)

สำหรับเด็กหรือเยาวชนมาใช้ ซึ่งไม่ใช่โทษ จึงไม่ฝ่าฝืนหลักที่ว่าลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่วไม่ได้²⁰⁰

กรณีบุคคลที่มีอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี หรือผู้เยาว์ กฎหมายถือว่าบุคคลในช่วงอายุดังกล่าว เป็นบุคคลที่อาจมีความสามารถในการทำชั่วได้ โดยจะเห็นได้จากการบัญญัติกฎหมายมาตรา 75²⁰¹ โดยให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรที่จะพิพากษาลงโทษหรือไม่ หากเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 คือ การใช้มาตรการสำหรับเด็กหรือเยาวชน หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษก็ให้ลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่ง ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งไม่สามารถรับรองได้เลยว่า ศาลจะเลือกใช้วิธีการอย่างไร

คำพิพากษาฎีกาที่ 1411/2554 ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 มีอายุเพียง 13 ปีเศษ จำเลยมีอายุ 17 ปีเศษ เมื่อจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ในขณะที่ผู้เสียหายที่ 1 มีอายุไม่เกินสิบห้าปีและมีใช้ภริยาของจำเลยไม่ว่าผู้เสียหายที่ 1 จะยินยอมให้จำเลยกระทำชำเราหรือไม่ จำเลยย่อมมีความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก (เดิม) และการที่จำเลยพาผู้เสียหายที่ 1 ไปกระทำชำเราที่บ้านของ ส. ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 โดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร จำเลยมีความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแลอบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นว่านี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแลอบรม และสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2) (3) (4) และ (5) นั้น ถ้าในขณะที่ใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ความปรากฏแก่ศาล โดยศาลรู้เอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการ หรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแล อบรมและสั่งสอน หรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้

²⁰⁰ คณิต ฒ นร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 294-295.

²⁰¹ มาตรา 75 บัญญัติว่า ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง

ไปเสียจากบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสามด้วย แต่ขณะกระทำความผิดจำเลยยังเป็นวัยรุ่นกระทำผิดด้วยความผิดที่ผิดใจกัน ทั้งผู้เสียหายที่ 1 ยินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา ไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยกระทำความผิดมาก่อนและพฤติการณ์แห่งคดียังไม่ร้ายแรงนักที่ศาลชั้นต้นลงโทษจำเลยฐานกระทำชำเราจำคุก 12 ปี และฐานพรากเด็กไปเพื่อการอนาจาร จำคุกไม่เกิน 8 ปี โดยไม่รอการลงโทษจำคุกให้แก่จำเลยนั้น เห็นว่า เป็นการกำหนดโทษที่หนักเกินไป และการให้จำเลยต้องรับโทษจำคุกไปเสียเลยนั้นย่อมไม่เป็นผลดีแก่จำเลยและสังคม จึงเห็นสมควรกำหนดโทษจำคุกเสียใหม่และให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นพลเมืองดีด้วยการรอการลงโทษให้จำเลย แต่เพื่อให้จำเลยหลายจำ จึงเห็นสมควรคุมความประพฤติของจำเลยด้วย

เพราะฉะนั้น การกระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ เป็นสำคัญ ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยมีหลักกฎหมายอาญาที่ว่า ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด แต่โดยที่ความยินยอมของผู้เสียหายมีความเกี่ยวข้องกับสัมพันธไมตรีโดยตรงกับการสละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหาย ซึ่งจะต้องเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล และไม่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 คุณธรรมทางกฎหมาย คือ การมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิให้ถูกรบกวน หรือถูกรบกวนกระเทือน เพราะเหตุที่ เด็ก ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ยังไม่เพียงพอ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล จึงเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ และมีสิทธิที่จะให้ความยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้ได้ หาใช่ตัวเด็กหรือผู้เยาว์ไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า เจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ มีเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์เป็นสำคัญ มิใช่มุ่งคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เป็นสำคัญ เพราะหากให้ความสำคัญกับการคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เป็นสำคัญกว่าการมุ่งคุ้มครองเด็ก อาจทำให้การอำนวยความสะดวกให้แก่เด็กหรือผู้เยาว์ไม่เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้เท่าที่ควร และไม่ใช่ว่าประโยชน์ต่อการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ ทั้งในฐานะที่เด็กเป็นประธานแห่งสิทธิที่ไม่อาจละเมิดได้ และการคุ้มครองเด็กในกรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องเหมาะสม การบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กจึงควร

มุ่งหมายถึงเจตนาที่แท้จริงของกฎหมาย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดประสิทธิภาพสูงสุด และเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง

ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร มาตรา 317 และมาตรา 319 เพียงผู้กระทำความผิดมีการพรากเด็กไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร เป็นความผิดตามมาตรา 317 แล้ว และพาไปโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อกำไรเพื่อหรือเพื่อการอนาจารก็เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319 แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีการลงมือกระทำอนาจาร ซึ่งการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะเป็นการป้องกันเด็กหรือผู้เยาว์จากผู้ใหญ่ หรือจากเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเอง ในกรณีที่มีได้เกิดจากความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ซึ่งอาจจะเกิดจากการล่อลวง ใช้กำลัง ข่มขู่ หรือสำคัญผิด จะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดของเด็กหรือผู้เยาว์โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย เกิดจากการที่เด็กหรือผู้เยาว์สมัครใจกระทำกรณนั้น ๆ ซึ่งเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย จึงเห็นได้ว่าเด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้มีเจตนาที่มีความชั่วร้าย หรือมีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน และไม่ได้มีพฤติกรรมเป็นอาชญากรอย่างแท้จริง การใช้กฎหมายผิดวัตถุประสงค์ดังกล่าว เท่ากับกระบวน การยุติธรรมกำลังขัดเยียดตีตราบาปให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ โดยที่เด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้เป็นผู้ที่กระทำ การอันเป็นความชั่วร้าย ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของเด็กหรือผู้เยาว์ที่อยู่ในวัยเรียนรู้ ศิลปะวิทยาการแขนงต่าง ๆ และเป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญของประเทศชาติ อีกทั้งเป็นการผลัก ไล่ให้เด็กหรือผู้เยาว์ก้าวสู่สถานภาพอาชญากรอย่างเลวร้ายที่สุด

อีกทั้งเมื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งเป็นความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับความผิด ฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยในมาตรา 277 ซึ่งเป็นความผิดที่มีบทลงโทษ ที่หนักกว่าความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และมีความเสียหายของการกระทำมากกว่า เพราะจะต้องมีการ กระทำชำเราสำเร็จ จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 277 ยังกำหนดเหตุยกเว้นโทษเอาไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย โดยให้เด็กที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์กัน ทั้งเด็กผู้ชายและเด็กผู้หญิงเข้าสู่กระบวนการ คຸ້ມครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก ซึ่งเป็นกระบวนการทางปกครองไม่มีโทษทางอาญา ไม่มีการส่งสถานพินิจ และหากเด็กปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ให้ยกเว้นโทษอาญากับเด็กที่สมัครใจ มีเพศสัมพันธ์กัน เพื่อป้องกันไม่ให้นำคดีอาญามาบีบบังคับเรื่องค่าเสียหายกัน มิให้มาทำลาย อนาคตของเด็ก และกฎหมายใหม่ยังได้ยกเลิกอำนาจศาลในการอนุญาตให้เด็กสมรสกัน เพื่อให้ สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและสอดคล้องกับความเป็นจริงในสังคม และเพื่อให้ผู้เยาว์ ที่มีได้มีพฤติกรรมในการเป็นอาชญากรอย่างแท้จริง ได้มีคุณภาพชีวิตที่ดี ได้กลับไปใช้ชีวิตอย่างที่ ควรจะเป็น และได้รับการพัฒนาตามวัยอย่างสมควร ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเพศ ฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ซึ่งมีโทษทางกฎหมายหนักกว่าและเป็นความผิดพื้นฐาน

ที่สำคัญกว่าความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพ กฎหมายยังกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้ โดยใช้เกณฑ์อายุของผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายและความยินยอมเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณา

อีกทั้ง จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ พบว่า ในต่างประเทศได้มีการบัญญัติให้การกระทำทางเพศของบุคคลที่มีอายุไล่เลี่ยกัน และกระทำโดยความยินยอม ให้ได้รับการยกเว้นโทษในความคิดเกี่ยวกับเพศของเด็กไว้ เพราะการดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์จะไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความยินยอม เป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาความคิด กฎหมายเยอรมนี ได้กำหนดความยินยอมของบุคคลออกเป็น 4 ระดับ คือ เด็ก อายุต่ำกว่า 14 ปี สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในช่วงอายุเดียวกันได้ ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปี ถึง 16 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับผู้เยาว์ที่อยู่ในช่วงอายุเดียวกันได้ ผู้เยาว์อายุระหว่าง 16 ปี ถึง 18 ปี มีอำนาจความให้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับบุคคลใดก็ได้ โดยผู้ใหญ่ที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี อาจมีความผิดตามกฎหมาย หากบุคคลดังกล่าวใช้ความได้เปรียบจากการรับมอบให้เป็นผู้ให้การศึกษาศึกษาฝึกอบรมหรือดูแลแก่ผู้เยาว์ และบุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ถือเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์ได้โดยสมัครใจ แต่ต้องมิใช่การมีเพศสัมพันธ์กับพี่น้องหรือบิดามารดา

จะเห็นได้ว่า การดำเนินคดีในความคิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 อาจไม่สอดคล้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอาญา เรื่อง ความยินยอม หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายคุ้มครองเด็ก บทบัญญัติกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก และไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นกับเด็กหรือผู้เยาว์ได้อย่างแท้จริง และเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม ในหัวข้อต่อไป จะทำการศึกษาเหตุผลความจำเป็นในการกำหนดเหตุยกเว้นโทษ กรณี การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319

4.5 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดเหตุยกเว้นโทษ กรณี การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319

จากการศึกษาความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร มาตรา 317 และมาตรา 319 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กหรือผู้เยาว์ตามช่วงอายุที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการ

ทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม และประสบการณ์ที่ไม่เพียงพอ ซึ่งน่าจะเป็นการป้องกันเด็กหรือผู้เยาว์จากผู้ใหญ่ หรือจากบุคคลอื่นใด ในกรณีที่มีได้เกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หรือเกิดจากการล่อลวง คำสัญญาผิด การใช้กฎหมายผิดวัตถุประสงค์ดังกล่าว นำไปสู่การลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีเพศสัมพันธ์กันเอง โดยที่เด็กหรือผู้เยาว์สมัครใจกระทำการนั้น ๆ ซึ่งเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ที่มาจากความอยากรู้อยากลองตามวัย ตามเงื่อนไขของฮอร์โมน และสรีระที่เปลี่ยนแปลงไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการกระตุ้นจากสิ่งแวดล้อมรอบตัว ซึ่งสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศมีอิทธิพลต่อการใช้ชีวิตของเด็กหรือผู้เยาว์ และเข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวัน มีผลต่อการเลียนแบบของเด็กหรือผู้เยาว์เป็นอย่างมากก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ก็ไม่ควรที่จะปิดกั้นการรับรู้ของเด็กหรือผู้เยาว์ในเรื่องดังกล่าว เพราะเป็นความอยากรู้อยากลองตามช่วงวัย แต่ผู้ใหญ่หรือผู้ที่ใช้อำนาจปกครองควรที่จะสร้างการรับรู้ สร้างความเข้าใจถึงผลกระทบจากการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร เช่น ปัญหาการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ การเสียโอกาสทางการศึกษา การทำแท้ง โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าผลกระทบของเด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้มีพฤติกรรมในการเป็นอาชญากรอย่างแท้จริง ไม่ได้กระทำด้วยความชั่ว ซึ่งเท่ากับกระบวนการยุติธรรมกำลังยึดยึดคติตราบาปไปให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ โดยที่เด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้เป็นผู้ที่กระทำอันเป็นความชั่วร้าย ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของเด็กหรือผู้เยาว์ที่เป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญของประเทศชาติ อีกทั้งเป็นการผลักไสให้เด็กหรือผู้เยาว์ก้าวสู่สถานภาพอาชญากรอย่างเลวร้ายที่สุด อีกทั้งหากพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 ซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษหนักกว่าความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพยังกำหนดเหตุยกเว้นโทษเอาไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย โดยกำหนดให้เด็กหรือผู้เยาว์ที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์กัน โดยให้ทั้งสองฝ่ายเข้าสู่กระบวนการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก ซึ่งเป็นกระบวนการทางปกครองที่ไม่มีโทษอาญา ไม่มีการส่งสถานพินิจ และหากเด็กปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ให้ยกเว้นโทษอาญากับเด็กที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์กัน ซึ่งเป็นแนวทางที่ดีที่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเพื่อให้เด็กหรือผู้เยาว์ที่มีได้มีพฤติกรรมในการเป็นอาชญากรอย่างแท้จริง ได้มีคุณภาพชีวิตที่ดี ได้กลับไปใช้ชีวิตอย่างี่ควรจะเป็น และได้รับการพัฒนาตามวัยอย่างสมควร ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกระทำซ้ำเราตามมาตรา 277 ซึ่งมีโทษทางกฎหมายหนักกว่า และก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ กฎหมายยังกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้โดยใช้เกณฑ์อายุของผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย และความยินยอมเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณา

จากการศึกษาจากหลักกฎหมายอาญาแล้ว พบว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษไว้เพื่อกำหนดการกระทำของบุคคลที่มีพฤติกรรมขัดต่อจริยธรรมทางสังคม โดยมี

วัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้น ป้องกัน และแก้ไข ซึ่งมีลักษณะที่ร้ายแรงและเป็นผลร้ายกับผู้ต้องโทษ และส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างรุนแรง จึงควรนำมาบังคับใช้เท่าที่จำเป็น โดยพิจารณาภายใต้กรอบของหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ หากปรากฏว่าการนำมาตราการทางแพ่ง มาตราการทางปกครอง หรือมาตรการการลงโทษอื่น ๆ มาใช้แล้วทำให้สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง บรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือเท่ากับการใช้มาตรการทางอาญา ก็ไม่ควรนำโทษทางอาญามาใช้ เพราะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่า อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาของไทย เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว ความชั่ว คือ ความรู้สึกผิดชอบ หรือการกระทำของเขานั้นน่าตำหนิได้หรือไม่ ซึ่งถือว่า ความชั่ว เป็นพื้นฐานในการลงโทษ เพราะฉะนั้น การกำหนดโทษ จึงควรพิจารณาถึงการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ซึ่งต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงว่า มนุษย์ทุกคนมีความรู้สึกผิดชอบไม่เท่ากัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่ว ๆ ไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้เท่าเทียมกับคนอื่น เช่น เด็ก หรือผู้เยาว์ เป็นต้น บุคคลเหล่านี้จึงควรได้รับการลดโทษหรือ ยกเว้นโทษตามสมควร

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น พบว่า ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์ โดยความยินยอมระหว่างเด็ก โดยช่วงอายุที่ผู้เขียนทำการศึกษา คือ ช่วงอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี พบว่า ได้วางหลักการไว้เหมือนกันประการหนึ่ง กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่เด็กผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีอายุใกล้เคียงกัน และทั้งสองฝ่ายสมัครใจมีเพศสัมพันธ์ โดยความยินยอม เด็กอาจได้รับการยกเว้นโทษ หรือไม่มีความผิด ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงการปกป้องคุ้มครองเด็ก โดยยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

เพราะฉะนั้น จะเห็นได้ว่า การดำเนินคดีเด็กหรือผู้เยาว์ กรณี ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 โดยความสมัครใจยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ย่อมไม่เกิดประโยชน์ทั้งต่อตัวเด็กหรือผู้เยาว์เอง และไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ แนวทางการแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องดังกล่าว จึงเห็นสมควรนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับแทนมาตรการทางอาญา โดยการกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความสมัครใจยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน โดยแก้ไขเพิ่มเติมเหตุยกเว้นโทษในมาตรา 317 และมาตรา 319 ฐานความผิดพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร กรณีที่หากเป็นการกระทำโดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเอง ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ โดยให้

ศาลพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ประกอบการพิจารณาเพื่อประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และหากปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ให้มีการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำ โดยใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับ มาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อให้เกิดการอนุวัติการกันของกฎหมาย และเพื่อให้เหมาะสมกับสังคมและ บริบทของประเทศไทยที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากและรวดเร็ว เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมาย เกิดประสิทธิภาพสูงสุดต่อไป

จึงเห็นควรเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ... (ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร) โดยเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา คือ เพิ่มเหตุยกเว้นโทษ ฐานความผิดพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอม ระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน เพิ่มเติมเป็นมาตรา 319/1 โดยมีเงื่อนไขหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับที่ บัญญัติไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย

โดยเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการปฏิรูปกระบวนการตรากฎหมายตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77²⁰² พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่าง

²⁰² มาตรา 77 บัญญัติว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือ การประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้ โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย ได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและ การวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อ กฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับ ฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

กฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมาย พ.ศ. 2562 มาตรา 5²⁰³ และมาตรา 12²⁰⁴ ประกอบกับ เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 277 วรรคห้าและวรรคหก²⁰⁵ พบว่าข้อเสนอที่ผู้เขียนได้เสนอในการ แก้ไขกฎหมายดังกล่าวมีเหตุผลและความจำเป็น ไม่เป็นการสร้างภาระแก่ประชาชน สอดคล้องกับ สภาพบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก

เพื่อให้การคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยคำนึงถึง ประโยชน์ ความผาสุก และสวัสดิภาพ รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง เป็นสำคัญ และเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็ก ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งใน

²⁰³ มาตรา 5 บัญญัติว่า หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือ ปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือ การประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน

ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถ เข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุก ขั้นตอน

ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณี ที่จำเป็น และพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลา ในการดำเนินการตาม ขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ความในมาตรานี้ให้ใช้บังคับแก่การจัดทำร่างกฎหมายที่กำหนดในกฎกระทรวงด้วยโดยอนุโลม

²⁰⁴ มาตรา 12 บัญญัติว่า เมื่อมีกรณีจำเป็นต้องเสนอให้มีการตรากฎหมาย ให้หน่วยงานของรัฐ แสดงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายและต้องวิเคราะห์โดยมีข้อมูลและเอกสารหลักฐานประกอบชัดเจนว่า ไม่เป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น คุ้มค่ากับภาระที่เกิดขึ้นแก่รัฐและประชาชน รวมทั้ง ไม่สามารถใช้มาตรการหรือวิธีการอื่นใดนอกจากการตราเป็นกฎหมาย

²⁰⁵ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทนิยาม คำว่า “กระทำชำเรา” ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญา ให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และปรับปรุงบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ บางประการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคล ซึ่งถูกกระทำทางเพศ กลุ่มต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น เช่น เด็ก ผู้สูงอายุได้อำนาจของผู้กระทำ และผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ อีกทั้งเพื่อ ป้องปรามมิให้มีการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบหรือรับประโยชน์จากผู้ซึ่งค้าประเวณี หรือจากการค้าประเวณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ในประเทศภาคีสมาชิก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็ก และบัญญัติกฎหมายภายในให้อนุวัตรกาลตามอนุสัญญาดังกล่าว จึงเห็นสมควรกำหนดเหตุยกเว้นโทษ ให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ กรณีที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความ ยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 ตามเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ความผิดเกี่ยวกับการพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 และ มาตรา 319 ในประเทศไทยมีวิวัฒนาการมาจากประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ. 1244 ซึ่งเกิดในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมาย ใน ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2440) ซึ่งเริ่มต้นปฏิรูปด้วยการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายอาญาระดับแรกของไทย โดยประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการบัญญัติความผิดฐานพรางเด็ก พรางผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275 และได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับบริบทในสังคมของช่วงสมัยนั้น ๆ ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ประกาศใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยเหตุผลของการประกาศใช้ เนื่องจากว่า “โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ เพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก” ได้บัญญัติความผิดฐานพรางเด็กไว้ในมาตรา 317 พรางผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 318 และมาตรา 319 โดยบัญญัติไว้ในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และชื่อเสียง หมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพ โดยได้มีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมาย มาตรา 317 และมาตรา 319 อีกหลายครั้งจนถึงปัจจุบัน เพื่อให้กฎหมายนั้นสอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วในแต่ละยุคสมัย และสอดคล้องกับกฎหมายหลาย ๆ ฉบับของประเทศไทย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กและผู้เยาว์เป็นสำคัญ ในการที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง จากการกระทำที่ไม่สมควรในด้านต่าง ๆ การดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ฐานความผิดพรางเด็ก และพรางเด็กเพื่อการอนาจาร มาตรา 319 ฐานความผิดพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร มีความสำคัญกับสังคมเป็นอย่างมาก เนื่องจาก เด็กหรือผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดที่ถูกดำเนินคดี เป็นบุคคลที่มีอายุอยู่ในช่วงวัยกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ซึ่งถือว่าเป็นบุคคลที่สมควรได้รับการปกป้องคุ้มครองในกรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาให้ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องเหมาะสม สมควรได้รับโอกาส

ในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรม มากกว่าการจะได้รับโทษทางอาญาในฐานะที่เป็นประชากรที่เป็นกำลังสำคัญและเป็นอนาคตของประเทศชาติต่อไป

จากการศึกษาประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว ซึ่งถือว่า ความชั่ว เป็นพื้นฐานในการลงโทษ การลงโทษทางอาญา ก็เพื่อดำเนินการกระทำของผู้กระทำที่มีพฤติกรรมที่ขัดต่อจริยธรรมทางสังคม ซึ่งมีลักษณะที่ร้ายแรงและเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องโทษ และส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างรุนแรง จึงควรนำโทษทางอาญามาใช้เท่าที่จำเป็น ซึ่งต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงว่า มนุษย์ทุกคนมีความรู้สึกผิดชอบไม่เท่ากัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่ว ๆ ไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้เท่าเทียมกับคนอื่น เช่น เด็ก หรือผู้เยาว์ เป็นต้น ภายใต้อหุทัยธรรมได้สัดส่วน กล่าวคือ หากปรากฏว่าการนำมาตราการลงโทษอื่น ๆ มาใช้แล้วทำให้สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง บรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือเทียบเท่าการใช้มาตรการทางอาญา ก็ไม่ควรใช้โทษทางอาญาลงโทษ ประกอบกับการกระทำความคิดดังกล่าวเกิดจากความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน มิได้เกิดจากความชั่วร้ายอันใด ความยินยอมโดยปกติแล้วเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองไป แต่เนื่องจาก คุณธรรมทางกฎหมายของความคิดฐานนี้ มุ่งคุ้มครองการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิให้ถูกรบกวน กระทบกระเทือน ความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์จึงไม่อาจเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายในเรื่องนี้ เห็นว่า ควรมุ่งถึงการคุ้มครองเด็กเป็นสิ่งสำคัญ มากกว่า การมุ่งคุ้มครองผู้ใช้อำนาจปกครอง ในฐานะที่เด็กเป็นประธานแห่งสิทธิที่ถูกละเมิด

อีกทั้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 พบว่า ตราบใดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอำนาจการปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง รวมทั้งป้องกันการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กหรือผู้เยาว์ตามช่วงอายุที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ ซึ่งน่าจะเป็นการป้องกันเด็กหรือผู้เยาว์จากอาชญากรผู้ใหญ่ หรือจากเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกันเองในกรณีที่การกระทำมิได้เกิดจากความยินยอม การใช้กฎหมายผิดวัตถุประสงค์ดังกล่าวนำไปสู่การลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีเพศสัมพันธ์กันเอง ด้วยความสมัครใจ ซึ่งเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ที่มีได้มีเจตนาอันมุ่งร้ายต่อกัน ที่มาจากความอยากรู้ อยากลอง ตามวัยตามเงื่อนไขของฮอร์โมน และสรีระที่เปลี่ยนแปลงไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการกระตุ้นจากสิ่งแวดล้อมรอบตัว พัฒนาการตามช่วงวัย จึงเห็นได้ว่าเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดโดยผลของกฎหมายนั้น ไม่ได้มีเจตนาอันชั่วร้ายในการกระทำ และไม่ได้มีพฤติกรรมเป็นอาชญากรอย่างแท้จริง

ซึ่งเท่ากับกระบวนการยุติธรรมไทยกำลังขัดเขี่ยคดีตราบาปให้กับเด็กหรือผู้เยาว์ โดยที่เด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้เป็นผู้ที่กระทำการอันเป็นความชั่วร้าย ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของเด็กหรือผู้เยาว์ที่เป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญของประเทศชาติ อีกทั้งเป็นการผลักไสให้เด็กหรือผู้เยาว์ก้าวสู่สถานภาพอาชญากรอย่างเลวร้ายที่สุด ถึงแม้จะมีบทกฎหมายที่ให้อำนาจศาลลดมาตราส่วนโทษให้กับบุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี ตามมาตรา 75 โดยเลือกใช้วิธีการสำหรับเด็กอย่างที่ใช้กับเด็กอายุเกิน 10 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี หรือลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่ง ตามมาตรา 74 แต่ก็ไม่สามารถรับรองได้ว่า ศาลจะเลือกใช้วิธีการอย่างไร อีกทั้งจากการที่ได้ศึกษาความคิดเห็นเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 เป็นความผิดที่มีโทษหนักกว่า และเกิดความเสียหายกับผู้ถูกระทำมากกว่าความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ยังกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ในกรณีมีเพศสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจ และบุคคลทั้งสองฝ่ายมีอายุใกล้เคียงกัน โดยมีอายุขั้นต่ำ คือ อายุกว่า 13 ปี กำหนดให้บุคคลทั้งสองฝ่ายที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์กันเข้าสู่กระบวนการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก ซึ่งเป็นกระบวนการทางปกครองที่ไม่มีโทษทางอาญา ไม่มีการส่งสถานพินิจ และหากเด็กปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จ ให้ยกเว้นโทษทางอาญากับเด็กหรือผู้เยาว์ที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์กัน ซึ่งเป็นแนวทางที่ดีที่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเพื่อให้เด็กหรือผู้เยาว์ที่มีได้มีพฤติกรรมในการเป็นอาชญากรอย่างแท้จริงได้มีคุณภาพชีวิตที่ดี ได้กลับไปใช้ชีวิตอย่างที่ควรจะเป็น และได้รับการพัฒนาตามช่วงวัยอย่างสมควร

นอกจากนี้ การดำเนินคดีแก่เด็กหรือผู้เยาว์ ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร มาตรา 317 และมาตรา 319 โดยความยินยอมและสมัครใจของทั้งสองฝ่าย กลับเป็นช่องทางให้มีการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในการเรียกค่าเสียหายระหว่างผู้ปกครองแต่ละฝ่าย เพื่อแลกกับการที่จะไม่ถูกดำเนินคดี ซึ่งหากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการถูกดำเนินคดีในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ต้องพยายามคั้นรอนหาเงินมาชดใช้ให้ หรือต้องไปกู้เงินนอกระบบเพื่อมาชดใช้เงินจำนวนดังกล่าว ผู้ปกครองแต่ละฝ่ายอาจจะมีการแจ้งข้อหากันไปมา เนื่องจากเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่ายก็ยังมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดในการให้ความยินยอมได้ กล่าวคือ ที่ผ่านมา ผู้ใหญ่มักจะเข้ามาแก้ปัญหาด้วยการเรียกค่าเสียหาย หากค่าเสียหายลงตัว พ่อแม่ผู้เสียหายก็มักจะไม้อาเรื่องหรือไม่แจ้งความ หากค่าเสียหายไม่ลงตัว พ่อแม่ผู้เสียหายมักจะมีการแจ้งความร้องทุกข์ดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำความผิด ด้วยข้อหาพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร แม้เด็กหรือผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิดตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 การนำมาตรการอื่นมาใช้แทนการลงโทษ และกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317

หรือมาตรา 319 ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย น่าจะเป็นผลดีต่อการป้องกันปัญหาทางด้านสังคมได้

ปัจจุบัน ความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้ ใน มาตรา 277 วรรคท้าย ที่แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ที่กำหนดไว้ว่า ถ้าเป็นการกระทำโดยความยินยอมของบุคคล ซึ่งผู้กระทำความผิด ไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัวพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิด ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ โดยให้ศาลพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ประกอบการพิจารณาเพื่อประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ อันแท้จริงของบทบัญญัติมาตรา 277 และความผิดเกี่ยวกับการพรากแล้ว พบว่า มีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองบุคคลที่ยังเยาว์วัย อ่อนประสบการณ์ มิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการกระทำของบุคคล ที่ต้องการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ และคุ้มครองอำนาจการปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง คือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิให้ถูกระทบกระเทือน ฉะนั้น หากพิจารณาความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 หรือความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารตามมาตรา 319 แล้ว ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างเด็ก หรือผู้เยาว์ด้วยกันเองที่มีอายุใกล้เคียงกัน โดยความยินยอม แม้จะไม่มี ความผิดฐานกระทำชำเรา ตามมาตรา 277 เพราะกฎหมายกำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้ และกำหนดอายุในการให้ความยินยอม ในเรื่องเพศไว้ คือ อายุกว่า 15 ปีขึ้นไป แต่ก็ยังเป็นความผิดตามมาตรา 317 หรือมาตรา 319 อยู่ดี เพราะเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน เมื่อทั้งบทบัญญัติในมาตรา 277 มาตรา 317 และมาตรา 319 เป็น บทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก ในอันที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกทำร้าย ทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรือทางเพศ อีกทั้งตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่ประเทศไทยเป็นภาคี สมาชิก ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าวคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และมีหลักการที่สำคัญ คือ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก มุ่งคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นสำคัญ จากการกระทำที่มิชอบ ต่อร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก ในทุกรูปแบบ ซึ่งการดำเนินคดีกับเด็กหรือผู้เยาว์ ย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือสังคมโดยรวม

คำพิพากษาฎีกาของไทย ความผิดฐานพรากเด็ก หรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร มาตรา 317 และมาตรา 319 พบว่า หากเป็นกรณีการพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หรือพรากผู้เยาว์ อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไปเพื่ออยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา โดยเด็กหรือผู้เยาว์นั้นเต็มใจ ไปด้วย กรณีเช่นนี้ ศาลฎีกาถือว่า มิใช่เป็นการพรากเพื่อการอนาจาร เพราะขาดเจตนาเพื่อการอนาจาร จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319 แต่ยังเป็นความผิดฐาน

พรากเด็ก ตามมาตรา 317 อยู่ เพราะเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร แต่หากพรากไปโดยไม่ประสงค์จะรับเป็นภริยา ก็เป็นการพรากไปเพื่อการอนาจาร เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม หรือมาตรา 319 จากกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบัน สื่อ โทรทัศน์ และเทคโนโลยีสารสนเทศต่าง ๆ เข้ามามีอิทธิพลต่อชีวิตประจำวันเป็นอย่างมาก และบุคคลต่าง ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในช่วงวัยใดก็สามารถเข้าถึงข้อมูลจากสื่อดังกล่าวได้อย่างง่ายและรวดเร็ว บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี อยู่ในวัยแห่งการเรียนรู้ในเรื่องต่าง ๆ โดยเฉพาะเรื่องทางเพศ ซึ่งอาจจะมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างกัน เพราะความอยากรู้อยากลอง อยากเห็น ตามวัย แต่เพื่อมิให้ต้องรับโทษจึงอาจมีการสมอ้างว่าประสงค์จะอยู่กินร่วมกันนั้นสามีภริยาเพื่อไม่ให้ถูกลงโทษ และอาจเป็นบ่อเกิดของปัญหาครอบครัว ปัญหาการทำแท้ง และปัญหาอื่น ๆ ตามมา ทั้งนี้ บุคคลที่อยู่ในช่วงอายุแห่งวัยนี้ ควรเป็นวัยที่ต้องศึกษาหาความรู้ เกี่ยวกับประสบการณ์ ศิลปะ วิทยาการแขนงต่าง ๆ มิได้อยู่ในวัยแห่งการตั้งครอบครัว หากพิจารณากรณีการกระทำชำเราเด็ก ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีโทษร้ายแรงกว่า ยังได้รับการยกเว้นโทษ ตามมาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก แต่ในส่วนความผิดฐานพราก กลับไม่ได้รับการยกเว้นโทษด้วย เว้นแต่ กรณีประสงค์จะอยู่กินร่วมกันนั้นสามีภริยา ศาลจึงจะไม่ดำเนินคดี ซึ่งทำให้เกิดความลักลั่นกันของกฎหมาย ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่บังเกิดการอำนวยความยุติธรรมอย่างแท้จริง

นอกจากนี้ จากการที่ผู้เขียนศึกษาการกำหนดความผิดในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อังกฤษ และญี่ปุ่น พบว่า ความผิดเกี่ยวกับการพรากของต่างประเทศจะมุ่งเน้นไปที่การลักพาตัวเป็นสำคัญ หรือมีการพรากโดยการล่อลวง ช่มชู้ ใช้กำลัง จึงจะเป็นความผิด และเมื่อศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ในต่างประเทศได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกา หากเด็ก (ผู้กระทำ) มีอายุไล่เลี่ยกับเด็ก (ผู้ถูกกระทำ) และทั้งสองฝ่ายสมัครใจมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้วเด็กอาจไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดหย่อนโทษ โดยมีการนำหลัก Romeo and Juliet มาใช้ และในบางมลรัฐที่ไม่ได้บัญญัติหลักนี้ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย แต่ก็มีความเห็นว่า การที่ลงโทษผู้เยาว์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ในความผิดฐานช่มชู้ โดยผลของกฎหมาย เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลสูงได้พิพากษาในทำนองเดียวกันว่าบุคคลหนึ่งไม่อาจมีความผิดฐานช่มชู้โดยผลของกฎหมายได้ หากบุคคลนั้นเองก็มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ ในประเทศอังกฤษ หากเด็ก (ผู้กระทำ) มีอายุไล่เลี่ยกับเด็ก (ผู้ถูกกระทำ) และทั้งสองฝ่ายสมัครใจมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว กฎหมายเปิดช่องให้พนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องได้ ถ้าการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดระดับ

ของความยินยอมของบุคคลไว้ 4 ระดับ คือ เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปี ถึง 16 ปี ผู้เยาว์อายุระหว่าง 16 ปี ถึง 18 ปี และบุคคลอายุ 18 ปีขึ้นไป โดยแต่ละช่วงอายุบุคคลดังกล่าวจะมีระดับในการให้ความยินยอมแตกต่างกัน เช่น หากผู้ใหญ่มีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ย่อมมีความผิดตามกฎหมาย แต่หากเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี มีเพศสัมพันธ์กัน เด็กจะไม่ได้รับโทษ เพราะตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ยังมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะได้รับโทษทางอาญา ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปี ถึง 16 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับผู้เยาว์ที่อยู่ในช่วงอายุเดียวกันได้ แต่ทั้งนี้ กฎหมายห้ามมิให้ผู้ใหญ่หรือผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป มีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี หากบุคคลที่มีอายุมากกว่าดังกล่าวได้รับมอบให้เป็นผู้ให้การศึกษา ฝึกอบรมหรือดูแลแก่ผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้เยาว์อายุระหว่าง 16 ปี ถึง 18 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับบุคคลใดก็ได้ ยกเว้นเด็ก แต่ทั้งนี้ ผู้ใหญ่ที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี อาจมีความผิดตามกฎหมาย หากบุคคลดังกล่าวโดยใช้ความได้เปรียบจากการได้รับมอบให้เป็นผู้ให้การศึกษาฝึกอบรมหรือดูแลแก่ผู้เยาว์ บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ถือเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์ได้โดยสมัครใจ แต่ทั้งนี้ ต้องมิใช่การมีเพศสัมพันธ์กับพี่น้องหรือบิดามารดา ในส่วนของประเทศญี่ปุ่น จะมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ต่อเมื่อมีการใช้กำลังข่มขู่ ฉ้อฉล หรือหลอกลวง ซึ่งเมื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศ จะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นกำหนดอายุในการให้ความยินยอม คือ ตั้งแต่ 13 ปีขึ้นไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการกำหนดเหตุยกเว้นโทษกรณี การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ด้วยกัน กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็ก โดยยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญ ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ผู้เขียนขอเสนอแนวทาง เห็นควรนำมาตรการอื่นมาใช้แทนการลงโทษ และเพิ่มเติมเหตุยกเว้นโทษแก่เด็กหรือผู้เยาว์ที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม โดยมีเงื่อนไขเฉกเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็ก นอกจากนี้ ยังเป็นการยุติปัญหาจากการนำกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากผู้ปกครองแต่ละฝ่าย ในการเรียกรับเงินเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดีได้ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กหรือผู้เยาว์อย่างสูงสุด และลดคดีจากศาลที่นำคดีมาฟ้องร้องเพื่อใช้

เป็นข้ออ้างในการเรียกเงินด้วย ผู้เขียน จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319/1 ดังนี้

“มาตรา 319/1 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 317 วรรคหนึ่งหรือ วรรคสาม เป็นการกระทำโดยความยินยอมระหว่างบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี เพื่อการอนาจาร หรือการกระทำความผิดตามมาตรา 319 วรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยความยินยอมระหว่างบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เพื่อการอนาจาร ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึง อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ถึงแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและบุคคลผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับบุคคลผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของบุคคลผู้ถูกระทำด้วย”

“มาตรา 319/1 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของบุคคลผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคแรกด้วย”

ทั้งนี้ ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ จะต้องคำนึงถึงขอบเขตและดุลยพินิจระหว่างการใช้ความคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ กับการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนควบคู่กันไป โดยเหตุว่า การกระทำของเด็กหรือผู้เยาว์เกิดจากความรักใคร่ชอบพอกัน กระทำการในฐานะคนเป็นแฟนกันหรือมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน การมีเพศสัมพันธ์กันนั้นอยู่ในวิสัยปกติของบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน อีกทั้งการกระทำดังกล่าวเกิดจากความยินยอมสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองฝ่าย มิได้เกิดจากการล่อลวง ใช้กำลัง ข่มขู่ หรือสำคัญผิดแต่ประการใด ซึ่งการกระทำของเด็กหรือผู้เยาว์นั้นมิได้มีพฤติกรรมเป็นอาชญากรอย่างแท้จริง และไม่ได้อันตรายร้ายอันใดในการกระทำ การนำมาตรการทางปกครองอื่นมาใช้แทนมาตรการบังคับทางอาญา จึงเป็นไปเพื่อการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ตามหลักการของกฎหมายอาญาที่ว่า ควรใช้มาตรการบังคับทางอาญาเท่าที่จำเป็น โดยพิจารณาภายใต้กรอบของหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ หากปรากฏว่าการนำมาตรการทางปกครองมาใช้แล้วทำให้สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง บรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือเท่ากับการใช้มาตรการทางอาญา ก็ไม่ควรนำโทษทางอาญามาใช้ เพราะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่า ซึ่งการใช้

มาตรการทางปกครองดังกล่าว ยังสอดคล้องเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทย เป็นภาคีสมาชิก ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าว มีหลักการที่สำคัญ คือ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก มุ่งคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จากการกระทำที่มีขบต่อร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพ ของเด็กในทุกรูปแบบ ข้อเสนอดังกล่าวจึงมุ่งคุ้มครองเด็ก และอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2557.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2562.

กลุ่มงานบริการวิชาการ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เอกสารประกอบการ
พิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...
(การแก้ไขบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ และความผิดต่อเสรีภาพที่มีอายุเด็กเป็น
องค์ประกอบความผิด) อ.พ. 22/2555 สมัยสามัญนิติบัญญัติ

กองนิติการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, คำอธิบาย พระราชบัญญัติ
คุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมการจัด
สวัสดิการสังคม พ.ศ.2546

ข้อมูลจากรายงานผลการดำเนินงานของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ฉบับที่ 2)
เสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ จัดทำโดยคณะกรรมการ
เรื่อง “สิทธิเด็ก” คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ

คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติ. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสาร
เลือกรับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. จัดทำโดยสำนักงานส่งเสริมและพิทักษ์เด็ก เยาวชน
ผู้ด้อยโอกาส คนพิการ และผู้สูงอายุ(สท.) กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของ
มนุษย์

คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.

จตุพร วงศ์ทองสรรค์ และสมชัย ศิริสมบูรณ์เวช. เอกสารประกอบการบรรยาย กระบวนวิชาหลัก
กฎหมายระหว่างประเทศชั้นสูง. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคพิเศษ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.

จารุณี ตันตยาคม. คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและคดีส่วน
แบ่งเกี่ยวกับผู้เยาว์ในศาลคดีเด็กและเยาวชน พร้อมคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวข้อง.
กรุงเทพมหานคร: บริษัทประยูรวงศ์, 253-.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- ณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์. “ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- ทนงศักดิ์ ดุลยกาญจน์ และ พรรณพิไล พาหุสัจจะลักษณ์. คดีเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน (แพ่ง-อาญา). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2547.
- ทองใบ แดงน้อย. แผนที่ภูมิศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 40. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนา, 2546.
- นันทชนัน ซูโต. “ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- นันทชนัน ซูโต. “ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- บริรักษ์นิติเกษตร. พระ. กฎหมายลักษณะอาชญา ร.ศ.127. ม.ป.ท., ม.ป.ป.
- บุญเพราะ แสงเทียน. กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: วิทย์พัฒน์, 2546.
- ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ประเทือง ธนิยผล. กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2556.
- ปกป้อง ศรีสนิท. “บทความการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา.” <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>, 24 พฤษภาคม 2564.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ภัทริกา วงศ์อนันต์นนท์. วารสารพยาบาลทหารบก บทความวิชาการ พฤติกรรมการใช้อินเทอร์เน็ตของเด็กและเยาวชน. ปีที่ 15. ฉบับที่ 2. (พฤษภาคม – สิงหาคม 2557).

- มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. กฎหมายเบื้องต้น เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- มาตาลักษณ์ เสรมธากุล. รายงานฉบับสมบูรณ์ หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก. ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2561.
- รัศญา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาและบุตร. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- วัชร วรรณลี. และชนพงษ์ วงศ์เสรี. หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2564.
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล วิมล ศรีจันทร์. สิทธิเด็กและการคุ้มครองทางกฎหมายกับกลุ่มมาเจสติค. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- เมธิยา วงศ์สิงห์. “ปัญหาการตีความคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2563.
- วรา บุญพันธ์ กานต์ อินทชสาร และนันทยศ สุวรรณกิจ. ปัญหาการลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่งในความผิดต่อชีวิตที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาของเด็กและเยาวชนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75. การประชุมหาดีใหญ่วิชาการระดับชาติและนานาชาติ ครั้งที่ 10, ม.ป.ป.
- ศุภย์เทคโนโลยีสารสนเทศ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน. “จำนวนคดีเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดีจำแนกตามฐานความผิดเกี่ยวกับเพศและอายุ.” <http://www.djop.moj.go.th/stat/statbetween2008-2011/item/308>-จำนวนคดีเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดี - จำแนกตามฐานความผิด/จำแนกตามกลุ่มอายุ, 24 สิงหาคม 2564.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: หจก.เจริญรัฐการพิมพ์, 2558.
- เสนีย์ ปราโมช. ม.ร.ว.. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก พุทธศักราช 2508. พระนคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.
- สมหวัง วิริยผล. “ความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. รายงานฉบับสมบูรณ์ จริยธรรมสื่อโทรทัศน์กับผลกระทบต่อพัฒนาการของเด็ก ศึกษาเปรียบเทียบโทรทัศน์ดิจิทัลช่องที่ได้รับความนิยมช่วงตุลาคม 2557 และมกราคม 2558
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม. สรุปผลที่สำคัญ สํารวจการมีกาใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2563, 2564.
- สำนักวิชาการ สำนักสภาผู้แทนราษฎร. บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เกี่ยวกับสิทธิเด็ก หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 16. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- อังกริยา ชูตินันท์. กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- อังกริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.
- เออูต์. กฎหมายอาญา. พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477.
- อวิการัตน์ นิยมไทย. “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้.” วารสารจลนิตี. ฉบับที่ 4. ปีที่ 6. (กรกฎาคม – สิงหาคม 2552).

ภาษาต่างประเทศ

- Carl Constantin Lauterwein. The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing. New York: Routledge, 2016.
- Center for Disease Control. “Sexual Behavior Among High School Students—U.S. 1990.” Morbidity and Mortality Weekly Report. volume 40. Issue 51. (January 1992): 885-888.
- Glanville Williams. Textbook of Criminal law. 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Hanrei Roppo Professional. “Yuhikaku.” The Statute and Precedent Professional, 2013.
- Hessick, Carissa Byrne and Stinson, Judith M. “JUVENILES, SEX OFFENSES, AND THE SCOPE OF SUBSTANTIVE LAW.” TEXAS TECH LAW REVIEW. Vol. 46:5 (June 2013): 19.
- Human lights watch. “No Easy Answers Sex Offender Law tn the US.” HUMAN LIGHTS WATCH. volume 19. Issue 4. (September 2007): 65.

- J.C.Smith & Hogan. Criminal law. 10th ed. London: Butterworths, 2002.
- Kadish and Paulsen. Criminal Law and Its Processes: Case and Materials. 3rd ed. Boston: Little, Brown, 1975.
- Longo, Robert and Prescott. D.S. “Current Perspectives: Working with Sexually Aggressive Youth and Youth with Sexual Behavior Problems.” Holyoke, MA : NEARI Press, 2006.
http://www.davidprescott.net/coso_goodpeople.pdf, 12 October 2021.
- Mike G Law A Law Firm. 2021. “What is Florida’s Romeo and Juliet law?.”
<https://www.mikeglaw.com/romeo-and-juliet-law-florida/>, 12October 2021.
- Neal Davis Law Firm. 2021. “What is Texas’ Romeo and Juliet Law and How Does it Work?.”
<https://www.nealdavislaw.com/criminal-defense-guides/texas-romeo-juliet-laws.html>,
12 October 2021.
- Peter W. Low. John Calvin Jeffrues. Jr.and Richard J. Bonnie. Criminal Law: Case and Materials.
New York: The Foundation Press, 1982.
- Shvartsman, Shulamit H. “Romeo And Romeo.”: An Examination of Limon V. Kansas in Light of
Lawrence V. Texas.” Seton Hall law Review. Volume 35. Issue 1. (2005): 359-361.
- Tover, Jake. “For Never Was A Story Of More Woe Than This Of Juliet And Her Romeo”—
An Analysis Of The Unexpected Consequences Of Florida's Statutory 172 Rape Law
And Its Flawed "Romeo And Juliet" Exception.” Nova Law Review. Volume 38. Issue
1. (2014): 160.
- US Department of Health, Education, and Welfare, National Institute of Child Health and Human
Development. “National Longitudinal Study of Adolescent Health 2000.”
https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/7.htm#_ftnref251, 19 October 2021.
- Wayne R. LaFave and Austin W. Scott. Jr. Handbook on Criminal Law. Minnesota: West
Publishing, 1972.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล	นายภรณโรจน์ นพกรณ์สิทธิ์
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2554 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2559 - 2560 หลักสูตรเจ้าหน้าที่คดีพิเศษ รุ่นที่ 18 กรมสอบสวนคดีพิเศษ
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	เจ้าหน้าที่คดีพิเศษปฏิบัติการ กองคดีทรัพย์สินทางปัญญา กรมสอบสวนคดีพิเศษ